PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL

PAR

F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

Ouvrage couronné au concours quinquennal des sciences morales et politiques.

TOME TROISIÈME.

(3e ÉDITION.)



BRUXELLES.

BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie, LIBRAIRES-ÉDITEURS,

RUE BLAES, 33

1878

TITRE V.

DU MARIAGE (suite).

CHAPITRE IV.

NULLITÉ DU MARIAGE (suite).

SECTION V. — De la preuve du mariage.

§ Ier. *De l'acte de célébration.*

1. L'article 194 porte que « nul ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage, s'il ne représente un acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil. » Pour compléter le sens de cette disposition, il y faut ajouter l'article 195, aux termes duquel « la possession d'état ne peut dispenser les prétendus époux qui l'invoquent respectivement, de représenter l'acte de célébration du mariage devant l'officier de l'état civil. » Le principe posé par le code Napoléon est donc que le mariage se prouve par l'acte que l'officier civil doit dresser immédiatement après l'avoir célébré (art. 75), et que la possession d'état ne peut pas être invoquée pour suppléer à cet acte. Qu'entend-on par possession d'état, et pourquoi la loi ne l'admet-elle pas comme preuve du mariage? L'article 319 définit la possession d'état d'enfant légitime; elle

s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir. Ces faits sont que l'individu a toujours porté le nom du père dont il se prétend le fils, que le père l'a traité comme son enfant, et pourvu, en cette qualité, à son éducation, à son entretien et à son établissement; qu'il a été reconnu constamment pour tel dans la société, qu'il a été reconnu pour tel dans la famille. Par analogie, il faut dire que la possession d'état d'époux s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent que la cohabitation de deux personnes est l'effet d'un mariage légal. Ces faits sont donc que la femme ait toujours porté le nom d'épouse de celui qu'on dit être son époux, qu'elle ait toujours été traitée comme son épouse; que l'homme de son côté ait toujours porté le nom d'époux de celle qu'on dit être son épouse; que l'un et l'autre aient toujours été reconnus pour époux dans la société, et qu'ils aient été reconnus pour tels dans leurs familles respectives.

La loi admet la possession d'état comme preuve de la filiation des enfants légitimes. Pourquoi la repousse-t-elle quand il s'agit de prouver le mariage? Tronchet a expliqué les motifs de cette prohibition. « Dans les grandes villes, dit-il, il n'est pas rare de voir des individus qui, sans être mariés, se font, par rapport au mariage, une sorte de possession d'état; quelquefois même ils la confirment par un contrat de mariage et par les qualités qu'ils prennent dans les actes. » Admettre la possession d'état comme preuve du mariage, ce serait donc faciliter et encourager en quelque sorte le concubinage. Quand ce sont les prétendus époux qui demandent à faire preuve de leur union, il y a un motif de plus pour rejeter la possession d'état; ils ne peuvent pas ignorer le lieu où ils ont été mariés, il est donc juste d'exiger d'eux qu'ils représentent l'acte qui a dû être dressé de la célébration de leur prétendu mariage (1).

2. A s'en tenir à la lettre de l'article 194, on pourrait

(1) Séance du conseil d'Etat du 6 brumaire an x (Locré, t. II, p. 355, n° 20).

croire que la règle qu'il établit ne s'applique qu'aux époux. On admet néanmoins que ce principe est général, et qu'il reçoit son application aux enfants et à toutes personnes intéressées, aussi bien qu'aux époux. Nous croyons qu'il faut distinguer. S'il s'agit de prouver le mariage, dans le but d'invoquer les effets civils qui en dérivent, il faut que la preuve se fasse par l'acte de célébration, inscrit sur les registres de l'état civil. Cela résulte des principes généraux sur la preuve. Le code Napoléon a tout un titre sur les actes de l'état civil; il veut donc que les faits qui constituent l'état des personnes soient prouvés par les actes que reçoivent les officiers établis à cet effet. Ces actes ne concernent pas seulement les personnes dont ils constatent l'état; ils sont destinés à le prouver à l'égard de la société tout entière. Voilà pourquoi ils sont publics. De là suit que les actes dressés par l'officier civil sont la preuve normale, régulière de l'état des hommes. Il n'y a d'exceptions à cette règle que celles que la loi trouve bon de consacrer.

Ainsi quand l'un des prétendus époux vient à mourir, et qu'un débat s'engage entre les héritiers du prédécédé et le survivant sur l'existence du mariage, les héritiers peuvent-ils exiger que le survivant prouve, par l'acte de célébration, le mariage qu'il allègue? L'affirmative n'est pas douteuse. Vainement le survivant dirait-il que l'article 195 ne regarde que les prétendus époux, comme s'exprime la loi; les héritiers répondraient que le motif de la loi est général; qu'il importe d'empêcher que le concubinage n'usurpe les honneurs et les droits dus au mariage légitime. Veut-on un argument de texte pour combattre le texte des articles 194 et 195? L'article 197 tranche toute difficulté; il ne donne à la possession d'état des prétendus époux l'effet de suppléer à l'acte de célébration que dans le cas où ils sont tous deux décédés, et seulement en faveur des enfants issus de leur cohabitation. Cette exception confirme la règle. La règle est donc que le mariage ne peut se prouver que par l'acte de célébration (1).

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Mariage*, section V, § 2, nº 9 (t. XIX, p. 460).

3. Mais si c'est seulement le fait du mariage qu'il s'agit de prouver, sans que l'état des personnes soit en cause, alors il n'y a plus lieu d'appliquer la règle établie par l'article 194. Le texte même de la loi le prouve. C'est quand le *titre d'époux* et les *effets civils* du mariage forment l'objet de la contestation, que le code exige la représentation de l'acte inscrit sur le registre de l'état civil. Si l'on demande simplement de prouver le mariage comme fait, l'on n'est plus ni dans les termes ni dans l'esprit de la loi. Deux époux divorcent par consentement mutuel; par les conventions préalables qui ont été arrêtées entre eux, conformément à l'article 280 du code Napoléon, il est stipulé que le mari payera à la femme une pension qu'elle cessera de toucher si elle vient à se remarier. Le mari divorcé soutient que la femme est remariée; mais il lui est impossible de produire l'acte de célébration parce qu'il ignore le lieu où le mariage s'est célébré. Il défère le serment à la défenderesse. Le mariage, comme fait, peut-il être prouvé par le serment décisoire? La cour de Bruxelles a décidé que le serment pouvait être déféré. Merlin approuve cette décision, et elle est fondée sur les vrais principes. Dans l'espèce, l'état des personnes ne fait pas l'objet du débat, il ne s'agit ni du titre d'époux, ni des effets civils du mariage; il s'agit d'un simple fait. Sans doute ce fait devant être constaté par un acte, on peut, en général, demander la représentation de cet acte, mais on ne le peut que dans les limites des principes généraux sur la preuve. Or, d'après ces principes, le demandeur ne peut pas être forcé à produire un écrit, quand il lui a été impossible de se procurer une preuve littérale du fait qu'il allègue. La loi l'admet alors à la preuve testimoniale (art. 1348), et à défaut de témoins, il y a lieu d'appliquer l'article 1358 qui permet de déférer le serment décisoire sur quelque espèce de contestation que ce soit (1).

4. Du principe posé par l'article 194, faut-il conclure que l'acte de célébration est requis pour la validité du

(1) Arrêt de Bruxelles du 20 janvier 1807, dans Merlin, *Répertoire*, au mot *Mariage*, section V, § 2, n° 3 (t. XIX, p. 433).

mariage? Pothier dit que le mariage est parfait par le consentement que les parties se donnent en présence de leur curé, avant que l'acte ait été rédigé. Il s'ensuit, ajoute-t-il, que l'acte n'est pas de l'essence du mariage, qu'il n'est requis que pour la preuve. De là Pothier conclut que lorsque la preuve du mariage par l'acte de célébration devient impossible, il est juste d'avoir recours à des preuves d'une autre nature (1). Ces principes sont aussi ceux de notre législation moderne. Il n'y a aucune disposition du code qui exige l'acte de célébration comme condition de validité du mariage; aucun article ne prononce la nullité du mariage à défaut d'acte. Le silence de la loi en matière de nullité de mariage suffit pour décider la question. Vainement invoquerait-on l'article 194, placé au chapitre des nullités. Cet article ne dit pas que le mariage est nul quand il n'y a point d'acte; il dit que l'on ne peut réclamer le titre d'époux et les effets civils du mariage qu'en représentant l'acte de célébration : ce qui est une question de preuve et non de validité du mariage. Dira-t-on que c'est une dispute de mots, que les effets du mariage ne pouvant pas être réclamés quand il n'y a point d'acte, c'est, en définitive, comme s'il n'y avait pas de mariage. Nous répondrons avec Pothier qu'il y a d'autres preuves, et l'article 194 lui-même le dit, en renvoyant à l'article 46. Nous allons voir quelles sont ces preuves.

5. Il y a ici deux ordres d'idées qu'il faut se garder de confondre; la confusion doit être bien naturelle, puisque la jurisprudence et la doctrine s'y sont si souvent trompées. Il faut distinguer les conditions requises pour la validité du mariage, et les conditions prescrites pour la validité de l'acte qui constate la célébration. Y a-t-il des formalités prescrites sous peine de nullité pour la célébration du mariage? Nous avons d'avance répondu à la question. Parmi les formalités qui doivent être observées dans la célébration du mariage, il y en a que la loi sanctionne par la peine de nullité; ce sont celles qui concernent la publicité et la compétence de l'officier civil (art. 191). Il

(1) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 378.

y en a d'autres qui doivent être remplies pour que le mariage existe : quand le mariage n'est pas contracté devant un officier de l'état civil, quand les parties n'ont pas déclaré consentir en présence de l'officier public, quand celui-ci n'a pas prononcé qu'elles sont unies par le mariage, il n'y a point de mariage (1). Cette doctrine est consacrée par un arrêt de la cour de cassation. Elle a jugé que « la déclaration des parties qui constate leur consentement libre et volontaire, et celle de l'officier de l'état civil qui prononce, au nom de la loi, que l'union conjugale est formée, sont des formalités substantielles, sans l'accomplissement desquelles il ne saurait y avoir de mariage. » La cour suprême a conclu de là que si l'acte rédigé par l'officier civil mentionne l'observation de ces formalités, et que les parties prétendent qu'elles n'ont pas été remplies, il y a lieu de les admettre à s'inscrire en faux; elle a cassé un arrêt de la cour de Riom qui avait rejeté la demande comme irrelevante (2).

Si les formalités essentielles ont été accomplies lors de la célébration, le mariage est valable, quand même l'acte rédigé par l'officier public n'en ferait pas mention, ou que la mention serait incomplète. Naît alors la question de savoir si l'acte, comme tel, est valable, c'est-à-dire s'il peut servir de preuve. C'est demander si la loi prescrit, pour la rédaction des actes de l'état civil, des formalités qui doivent être observées pour que l'acte existe ou pour qu'il soit valable. Nous avons examiné ces questions au titre des Actes de l'état civil (3) ; il suffira donc d'appliquer à l'acte de mariage les principes généraux que nous avons posés. La loi ne prononce pas de nullité en cette matière. Il a été jugé que les formalités prescrites sous peine de nullité par la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat, sont étrangères à l'acte de célébration du mariage comme à tout acte de l'état civil (4). C'est le code Napoléon seul qui régit les actes destinés à constater l'état des hommes, et le code

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 353, nº 279.
(2) Arrêt du 22 avril 1833 (Dalloz, au mot *Mariage*, nº 567).
(3) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 33 et suivantes, nºs 21-27.
(4) Arrêt de Toulouse du 26 mars 1824 (Dalloz, au mot *Mariage*, nº 447).

ne sanctionne pas par la peine de nullité les formalités qu'il établit.

Autre est la question de savoir s'il y a des formalités tellement substantielles que, sans leur accomplissement, il n'y a point d'acte. Nous avons décidé la question affirmativement. Il règne sur ce point une grande incertitude et dans la doctrine et dans la jurisprudence. L'acte n'est pas signé par l'officier public. A notre avis, un acte non signé par l'officier qui a mission de le rendre authentique par sa signature n'est pas un acte; il ne peut donc pas servir à prouver le mariage. Cela n'empêchera pas le mariage d'exister et d'être valable, si les conditions prescrites par la loi ont été remplies. Mais comment le prouvera-t-on à défaut d'acte de célébration? Est-ce le cas d'appliquer l'article 46, comme l'enseigne M. Demolombe? Nous renvoyons à l'explication que nous avons donnée de cette disposition au titre des Actes de l'état civil (1).

L'acte de mariage inscrit sur une feuille volante peut-il servir de preuve? Cette question est très-controversée. Il y a des auteurs qui enseignent que l'acte inscrit sur une feuille volante a la même force probante que s'il était inscrit sur le registre de l'état civil. Le texte de l'article 194 repousse cette opinion; il exige formellement que l'acte soit inscrit sur les registres, pour que l'époux puisse réclamer les effets civils du mariage (2). Demante dit que l'acte de célébration rédigé sur une feuille volante servira de commencement de preuve par écrit, que par suite le mariage pourra être prouvé par témoins (3). Cela est inadmissible. Le code pose des principes spéciaux sur la preuve du mariage; dès lors les règles générales établies au titre des Obligations ne peuvent recevoir leur application en cette matière. C'est mêler et confondre des principes d'une nature toute différente. Ainsi aux termes de l'article 1348, toutes les fois qu'il n'a pas été possible au

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, nº 25, p. 38. Comparez Demolombe, t. III, p. 328, nº 213.

(2) Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire du code civil*, t. Ier, p. 213, nº 338.

(3) Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 382, nº 277 *bis*.

créancier de se procurer une preuve littérale de l'obligation contractée envers lui, il est admis à la prouver par témoins. Dira-t-on qu'en vertu de cette disposition, tout tiers sera admis à prouver le mariage par témoins? Non, il faut laisser là le titre des Obligations, il règle des intérêts pécuniaires, tandis que le mariage est essentiellement d'ordre public. En matière de mariage, il n'y a ni créancier ni débiteur; il y a des époux ou des tiers qui prétendent qu'un mariage a été célébré. Eh bien, la loi veut qu'ils produisent l'acte de célébration inscrit sur les registres. Quel est donc l'effet de l'acte rédigé sur une feuille volante? Ce n'est pas un acte, c'est un délit. Nous verrons à l'instant quelle action en résulte au profit des époux (art. 198) (1).

6. L'article 196 porte : « Lorsqu'il y a possession d'état et que l'*acte de célébration* du mariage devant l'officier de l'état civil est représenté, les époux sont respectivement non recevables à demander la nullité de *cet acte.* » Cette disposition a donné lieu à de nombreuses difficultés. On demande si elle s'applique à la nullité du mariage. Merlin dit très-bien que le texte répond à la question. L'article dit formellement qu'il s'agit de l'*acte de célébration,* que c'est *cet acte* que les époux ne peuvent pas attaquer quand il y a possession d'état. La fin de non-recevoir ne porte donc pas sur l'action en nullité du mariage, même à raison du fond (2). Marcadé a complété cette démonstration, et il lui a suffi pour cela de transcrire les articles 194 à 197. De quoi traitent ces dispositions? Elles se trouvent, à la vérité, dans le chapitre intitulé : *Des demandes en nullité de mariage,* mais la classification défectueuse adoptée par les auteurs du code civil ne peut pas altérer les textes ni en changer le sens. Or, que dit l'article 194? Que l'on ne peut réclamer le titre d'époux, si l'on ne représente un acte de célébration inscrit sur le registre de l'état civil. Il s'agit donc de prouver qu'un mariage a été célébré; aussi l'ar-

(1) Voyez le tome II de mes *Principes,* n° 24, p. 37. Mourlon, *Répétitions,* t. Ier, p. 355.
(2) Merlin, *Répertoire,* au mot *Mariage,* section VI, § 2, art. 184, 5e question (t. XIX, p. 515).

ticle ajoute-t-il : *sauf les cas prévus par l'article* 46. Quels sont *ces cas?* Lorsqu'il n'a pas existé de registres ou qu'ils sont perdus, le mariage *peut être prouvé* tant par les papiers émanés des père et mère décédés que par témoins. Y a-t-il une autre preuve? Ici la loi distingue : les époux ne peuvent pas alléguer la possession d'état, dit l'article 195, pour se dispenser de représenter l'*acte de célébration;* tandis que les enfants peuvent invoquer la possession d'état, et s'ils l'ont, on ne peut pas, dit l'article 197, contester leur légitimité sous le seul prétexte du défaut de représentation de l'*acte de célébration.* Toutefois la possession d'état a un effet entre époux, c'est qu'ils sont non recevables à demander la nullité de l'*acte de célébration* Toujours l'*acte!* Toujours une question de *preuve!* Vient enfin l'article 198 qui prononce le mot décisif : la *preuve* d'une célébration légale du mariage peut être acquise par le résultat d'une procédure criminelle. Donc, dans tous ces articles, y compris notre article 196, il n'est question que de la *preuve de la célébration du mariage;* et qu'est-ce que la *preuve* a de commun avec la *validité du mariage* (1)?

Merlin conclut que l'article 196 est étranger à la nullité du mariage. Oserait-on soutenir, dit-il, que les époux seraient non recevables à attaquer un mariage nul pour cause d'inceste, s'il y avait un acte de célébration et possession d'état? Et cependant telle serait la conséquence de l'article 196 si on l'appliquait aux nullités du fond. Cependant la jurisprudence et la plupart des auteurs confondent la nullité de l'acte de célébration avec la nullité du mariage, et Merlin est tombé dans la même confusion (2). La cour de cassation a admis cette interprétation erronée; mais, chose remarquable, son arrêt témoigne contre la doctrine qu'il consacre, car il altère le texte. « Attendu, dit la cour, que l'article 196 du code civil déclare non recevables à demander la *nullité de leur mariage* les époux qui représentent l'acte de célébration et

(1) Marcadé, *Cours élémentaire,* t. Ier, p. 503, art. 196, n° 1. Comparez Duranton, t. II, p. 207, n° 252.

(2) Voyez les questions sur l'article 196, dans le *Répertoire,* au mot *Mariage,* section VI, § 2 (t. XIX, p. 529 et suiv.).

qui ont une possession d'état conforme à ce titre (1). » Non, la loi ne dit pas cela ; l'article 196 parle de la nullité de l'*acte de célébration*; or, l'*acte* peut être nul et le *mariage* néanmoins être valable. Puisque la cour suprême consacre la confusion que nous venons de signaler, nous croyons devoir insister sur cette matière, afin de rétablir les vrais principes.

M. Demolombe et Dalloz, à sa suite, donnent en plein dans la confusion. « Dès qu'un acte quelconque de célébration existe, dit M. Demolombe, demander la nullité de cet *acte*, n'est-ce pas aussi demander la nullité du *mariage* (2)? » Quoi! la nullité d'un écrit entraîne la nullité du fait juridique qu'il est destiné à prouver! Demander la nullité de l'écrit qui constate une vente, c'est demander la nullité de la vente! N'est-ce pas un principe élémentaire en matière de preuve, que l'écrit peut être nul sans que le fait juridique le soit? Sans doute, il en est autrement dans les contrats dits solennels; la nullité de l'acte de donation entraîne la nullité de la donation elle-même. Dans les contrats solennels, il est vrai de dire que demander la nullité de l'acte, c'est demander la nullité de la donation. Mais le code ne suit pas ces principes en matière de mariage. La célébration du mariage est solennelle, mais l'acte rédigé par l'officier public n'est pas un acte solennel. Notre article 196 même le prouve; il suppose que l'acte dressé par l'officier public est nul. En conclut-il que le mariage est nul? Loin de là, il ne permet pas même de demander la nullité de l'écrit, quand il y a possession d'état. Donc la nullité de l'acte n'entraîne pas la nullité du mariage; donc on ne peut pas appliquer au mariage les principes qui régissent les donations; donc demander la nullité de l'acte de célébration, ce n'est pas demander la nullité du mariage.

Si l'article 196 s'appliquait au fond, il faudrait dire que la nullité résultant de l'inceste et de la bigamie se couvre par la possession appuyée sur un acte de célébration.

(1) Arrêt du 25 février 1839 (Dalloz, au mot *Mariage*, nº 527).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 516, nº 318.

Doctrine monstrueuse que personne n'ose soutenir. Mais si l'article 196 ne reçoit pas son application à tous les cas de nullité, reste à savoir à quelles nullités on peut l'appliquer? On répond qu'il faut le restreindre à la nullité résultant du défaut de publicité ou de l'incompétence de l'officier civil (1). Sur quoi se fonde cette distinction, et qu'est-ce qui autorise les auteurs à l'introduire dans la loi? La distinction est arbitraire au point de vue des textes, et elle n'a point de raison d'être. Vainement dit-on que l'article 196 se rattache à l'article 193; les textes donnent un démenti à cette interprétation imaginée pour le besoin de la cause. De quoi parle l'article 193? De la nullité du mariage fondée sur la clandestinité. De quoi parle l'article 196? De la nullité de l'*acte* rédigé par l'officier public. Quel rapport y a-t-il entre ces deux dispositions? Aucun. On ne peut pas même invoquer la place qu'ils occupent dans le code; car, à partir de l'article 194, commence une matière nouvelle, celle de la preuve du mariage, et la preuve n'a rien de commun avec la validité du mariage.

7. L'article 196 doit donc être limité à la nullité de l'acte de célébration, c'est-à-dire à la nullité résultant de l'inobservation des formes prescrites par la loi. Ici se présente une nouvelle difficulté. Quelles sont les formes dont l'inobservation entraîne la nullité de l'écrit rédigé par l'officier public? On répond qu'il n'y en a pas, que partant l'article 196 ne peut jamais recevoir d'application ; ce qui voudrait dire qu'il n'a pas de sens (2). Cela est grave, et s'il en était ainsi, on serait tenté de laisser là le texte pour se rallier à l'opinion que nous venons de combattre. Il est certain que l'inobservation des formes prescrites par le code Napoléon pour la rédaction des actes de l'état civil n'est pas sanctionnée par la nullité. Mais la doctrine admet, et c'est notre opinion, qu'il y a des formes requises pour l'existence même de ces actes : telles sont la signature de l'officier public et l'inscription sur un registre. Ne pourrait-on pas appliquer l'article 196 à ces hypo-

(1) Dalloz, d'après Demolombe, au mot *Mariage*, n° 526.
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 356, note.

thèses? La cour de cassation l'a fait. Un mariage avait été célébré au Brésil, devant le curé, selon la loi du pays. Le curé rédigea un acte de célébration, mais il ne le signa pas et ne l'inscrivit pas sur le registre à ce destiné. Il en fut de même de tous les actes de mariage reçus vers cette époque par ledit ministre du culte. Vint ensuite un nouveau curé; l'évêque lui ordonna de signer tous les actes restés irréguliers, et de les classer à leurs dates en forme de registres. C'est de l'acte ainsi régularisé que l'on produisit une expédition devant la cour de Paris. L'acte fut attaqué, parce qu'il ne portait pas la signature du curé qui, disait-on, avait célébré le mariage; il ne mentionnait pas même son nom. La cour décida qu'il y avait lieu d'appliquer l'article 196, le mariage, réellement célébré, ayant été suivi d'une longue possession d'état. Sur le pourvoi en cassation, il fut jugé que l'article 196 doit recevoir son application dans tous les cas où l'acte est nul, sans qu'il y ait à distinguer entre les vices de forme qui l'entachent, la possession d'état couvrant tous les vices (1).

Il y a une objection contre cette interprétation. On pourrait dire qu'un acte non signé, non inscrit sur un registre, est plus que nul, qu'il est inexistant, et que les actes non existants ne peuvent produire aucun effet (article 1131). L'objection est fondée, dans la rigueur des principes, mais elle ne l'est point sur les textes, ni même sur l'esprit de la loi. En effet, la loi est générale, comme le remarque la cour de cassation; l'article 196 parle de la nullité de l'acte de célébration, sans distinguer entre la nullité proprement dite et la non-existence de l'acte. Cette distinction n'est consacrée par aucun texte en matière d'actes de l'état civil; elle est purement doctrinale. Il résulte de la discussion sur le titre des Actes de l'état civil que les auteurs du code ont supposé qu'il pourrait y avoir des causes de nullité. On peut donc dire avec la cour de cassation que le défaut de signature est un de ces cas, et que cette nullité est couverte par la possession d'état.

(1) Arrêt du 26 juillet 1865 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1865, 1, 493).

§ II. *De la possession d'état.*

8. La règle établie par l'article 194 reçoit plusieurs exceptions : d'abord dans les cas prévus par l'article 46, que nous avons déjà expliqué (1). L'article 197 consacre une seconde exception au profit des enfants. Quand ce sont les enfants qui demandent à prouver la célébration du mariage de leurs père et mère, la loi se montre moins sévère qu'à l'égard des époux. Ceux-ci ne peuvent jamais invoquer la possession d'état, tandis que la loi permet aux enfants de s'en prévaloir, quand leurs père et mère sont décédés. Quelle est la raison de cette faveur? « Les conjoints, dit Portalis, ne peuvent raisonnablement ignorer le lieu où ils ont contracté l'acte le plus important de leur vie; mais, après leur mort, tout change. Des enfants, souvent délaissés, dès leur premier âge, par les auteurs de leurs jours, ou transportés dans des contrées éloignées, ne connaissent et ne peuvent connaître ce qui s'est passé avant leur naissance. Quelle sera leur ressource? La jurisprudence ne les condamne point au désespoir. Ils sont admis à prouver que les auteurs de leurs jours vivaient comme époux et qu'ils avaient la possession de leur état. » Il faut ajouter que la double possession qu'ils invoquent n'est pas leur ouvrage; on ne peut donc pas les soupçonner de s'être créé un titre à eux-mêmes. Ces considérations justifient l'exception que la loi fait en faveur des enfants; toutefois elles ne sont pas décisives, en ce sens que d'autres parents ou des tiers pourraient également invoquer l'impossibilité où ils sont de représenter l'acte de célébration; eux aussi peuvent dire qu'ils ignorent le lieu où le mariage aurait été célébré; et néanmoins la loi ne leur permet pas de se prévaloir de la possession d'état. C'est donc une disposition de faveur établie dans l'intérêt des enfants; elle peut donner lieu à erreur, il se peut que la double possession d'état ne soit point l'expression de la vérité; mais la légitimité des enfants est si favorable que le législateur a

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 62 et suiv., nos 43-53.

mieux aimé reconnaître comme légitimes des enfants qui ne le sont pas, que de mettre tous les enfants dans l'impossibilité de prouver leur état dès qu'ils n'ont pas d'actes inscrits sur les registres.

9. A quelles conditions les enfants jouissent-ils de cette faveur? Il faut d'abord que les père et mère soient *tous deux* décédés, dit l'article 197. Si l'un d'eux vit encore, les enfants peuvent apprendre par lui dans quelle commune le mariage a été célébré; par suite, il n'y a plus de raison pour les dispenser de produire l'acte de célébration. Il se présente cependant un cas dans lequel il y a doute. C'est le survivant qui est le contradicteur de l'enfant. Evidemment, l'enfant est dans la même impossibilité que si ses père et mère étaient décédés tous deux. Faut-il donc faire une exception à la loi, et admettre l'enfant à prouver sa légitimité par la possession d'état, bien que l'un des prétendus époux vive encore? Non, il n'appartient pas à l'interprète de créer des exceptions; la loi accorde une faveur à l'enfant, mais sous les conditions qu'elle détermine; dès que ces conditions ne sont pas remplies, l'enfant ne peut pas invoquer le bénéfice de la loi. Il y a un arrêt en ce sens de la cour de Toulouse (1). On a objecté que c'était mettre l'enfant à la merci d'un père dénaturé. La cour répond que l'objection s'adresse au législateur; que de deux maux, la loi a choisi le moindre. Sans doute, il peut arriver qu'un père soit assez dénaturé pour répudier son enfant; mais il pourrait arriver aussi qu'un aventurier invoquât la possession d'état pour réclamer un état auquel il n'a aucun droit; et la preuve se faisant par témoins, il y aurait danger de surprise. Voilà pourquoi le législateur veut qu'en règle générale l'enfant représente l'acte de mariage; il serait aussi dangereux que peu juridique d'étendre l'exception de faveur que la loi admet, quand il n'y a pas impossibilité légale de se procurer cet acte.

10. Que faut-il décider si les père et mère ou le survivant sont absents, ou en état de démence? Merlin fait, en ce cas, le même raisonnement que nous venons de faire.

(1) Arrêt du 24 juillet 1826 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 422).

L'article 197 porte : « Si *néanmoins* il existe des enfants issus de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme, et qui soient tous deux *décédés*. » Que signifie le mot *néanmoins?* Il signale clairement une exception qui va modifier, en faveur des enfants, la règle en vertu de laquelle le mariage doit se prouver par la représentation de l'acte de célébration. Cette exception dépend de plusieurs conditions spécifiées avec soin, et l'une de ces conditions est que les père et mère soient *tous deux décédés*. Donc, si le père ou la mère vit encore au moment où il s'élève des contestations sur la légitimité des enfants, l'exception cesse, et les enfants rentrent dans la règle générale; par conséquent, ils ne peuvent prouver le mariage que par l'acte de célébration (1). Il y a deux arrêts en ce sens (2).

La question est douteuse. Nous préférons l'opinion contraire, enseignée par Duranton et suivie par M. Demolombe (3). On peut dire d'abord que la loi prévoit le cas qui se présente d'ordinaire, le décès des père et mère, mais sans entendre exclure les autres cas où il y aurait impossibilité pour l'enfant d'apprendre par ses père et mère le lieu où leur mariage a été célébré; mais cette raison ne répond pas suffisamment à l'argument de Merlin. Nous sommes dans une matière exceptionnelle, donc tout est de la plus rigoureuse interprétation. Cet adage est vrai, mais il ne faut pas l'outrer : il y a des cas où l'exception elle-même forme une espèce de règle, en ce sens qu'elle découle d'un principe général (4). Quel est le principe dont l'article 197 fait l'application au cas de décès? Quand l'enfant a ses père et mère, il doit produire l'acte de célébration de leur mariage, parce qu'il peut apprendre par eux où leur union a été célébrée. Cela suppose que les père et mère peuvent manifester leur volonté; mais s'ils sont

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Légitimité*, section I, § 2, question II (t. XVII, p. 357).

(2) Arrêts de Toulouse du 24 juin 1820 et de Paris du 23 février 1822 (Dalloz, au mot *Paternité*, nos 333 2°, et 312).

(3) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 211, n° 255. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 576, n° 396.

(4) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, n° 277, p. 353.

absents ou aliénés, comment l'enfant apprendra-t-il par eux le lieu où ils se sont mariés? Il y a ici une impossibilité légale, aussi grande que celle qui résulte du décès. Donc l'enfant doit avoir le droit d'invoquer le bénéfice de la loi, en cas d'absence ou de démence aussi bien qu'en cas de décès. Ce n'est pas étendre l'exception, c'est l'appliquer.

Au premier abord, on pourrait croire qu'il y a contradiction entre cette décision et celle que nous avons admise dans le cas où le survivant des père et mère est l'adversaire de l'enfant. Non, les deux cas diffèrent. Quand le père vit et qu'il est capable de manifester sa volonté, l'enfant ne peut plus dire qu'il est dans l'impossibilité légale de s'adresser à lui; tandis qu'il est dans cette impossibilité, quand le père est absent ou aliéné aussi bien que lorsque le père est décédé.

11. La seconde condition exigée par l'article 197, c'est que « l'enfant soit issu de deux individus qui ont vécu publiquement comme mari et femme; » c'est-à-dire que ceux dont il se prétend l'enfant légitime avaient la possession d'état d'époux. C'est précisément en cela que consiste la faveur que la loi lui accorde. Quand y a-t-il possession d'état d'époux? C'est une question de fait que les tribunaux décideront d'après les circonstances de la cause (1). Il faut de plus que l'enfant prouve que lui aussi a la possession d'état d'enfant légitime. Sur ce dernier point, il y a une légère difficulté de texte. « Toutes les fois, dit l'article 197, que cette légitimité est prouvée par *une possession d'état* qui n'est point contredite par l'acte de naissance. » La loi ne dit pas formellement qu'il s'agit de la possession d'état de l'enfant; les termes *une possession d'état* pourraient à la rigueur recevoir leur application aux père et mère. Toutefois, il n'y a pas de doute que la loi n'exige une double possession d'état, d'abord celle des père et mère, ce qui est dit au commencement de l'article 197, puis celle de l'enfant, dont il est question à la fin de l'article. Merlin établit ce point avec un vrai luxe de science (2).

(1) Voyez les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 252.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Légitimité*, section I, § 2, question VIII (t. XVII, p. 375).

Il nous semble que le texte ne laisse aucun doute sérieux : une possession d'état qui peut être contredite par l'acte de naissance ne peut être que la possession d'état de l'enfant. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes. Si Merlin n'avait agité la question, elle ne mériterait pas même d'être posée. On conçoit facilement pourquoi la loi se montre si rigoureuse. Elle se défie de la possession d'état des époux, parce qu'il arrive si souvent qu'elle est l'œuvre de la fraude ; elle veut donc qu'elle soit confirmée par la possession d'état de l'enfant ; si cette double preuve n'écarte pas le danger, elle le diminue du moins.

12. On demande comment l'enfant prouvera sa possession d'état. Au point de vue des principes, la question n'en est pas une. La possession d'état d'enfant légitime est définie par l'article 321 ; elle se compose d'un ensemble de faits dont la preuve doit être administrée par l'enfant : comme il s'agit de faits purs et simples, la preuve pourra se faire par témoins. A en croire Portalis, il suffirait que l'enfant produisît son acte de naissance, s'il y est qualifié d'enfant légitime. C'est une erreur évidente, mais il importe d'y insister, ne fût-ce que pour montrer que les travaux préparatoires du code ne sont pas un Evangile. « Il suffit, dit Portalis, que la possession d'état des père et mère soit énoncée dans l'acte de naissance des enfants ; cet acte est leur titre. C'est dans le moment de cet acte que la patrie les a marqués du sceau de ses promesses ; c'est sous la foi de cet acte qu'ils ont toujours existé dans le monde ; c'est avec cet acte qu'ils peuvent se produire et se faire reconnaître ; c'est cet acte qui constate leur nom, leur origine, leur famille ; c'est cet acte qui leur donne une cité et qui les met sous la protection des lois de leur pays... Leur destinée est irrévocablement fixée par l'acte inscrit dans des registres que la loi elle-même a établis pour constater l'état des citoyens, et pour devenir, pour ainsi dire, dans l'ordre civil, le livre des destinées (2). »

Merlin dit qu'il a de la peine à croire que Portalis ait

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 423.
(2) Exposé des motifs, n° 55 (Locré, t. II, p. 394).

professé cette doctrine à la tribune du Corps législatif; il suppose qu'il y a une erreur qui s'expliquerait par la cécité presque complète de l'auteur. Mais la pensée est si développée, qu'il est difficile de l'attribuer à quelque méprise. Toujours est-il que l'opinion exprimée dans l'exposé des motifs est en opposition avec le texte de l'article 197 et avec les principes les plus élémentaires de droit. Le code exige impérieusement la preuve d'une double possession d'état, alors même qu'il y aurait un acte de naissance. Sans doute, l'acte de naissance est la preuve par excellence de la filiation des enfants légitimes; mais il faut pour cela que le mariage de leurs père et mère soit prouvé, et quand il ne l'est pas par l'acte de célébration, la loi veut qu'il le soit par une double possession d'état. La jurisprudence et la doctrine sont unanimes (1).

13. L'article 197 exige encore une troisième condition. Il faut que « la possession d'état ne soit point contredite par l'acte de naissance. » On demande si l'enfant doit produire un acte de naissance. Le texte ne l'exige pas, et l'interprète ne peut pas établir, pour l'exercice d'un droit, des conditions que la loi ne prescrit point. Dans l'espèce, cela ne peut pas faire le moindre doute. Le projet portait : « Toutes les fois qu'*un acte de naissance, appuyé de la possession d'état*, prouve la légitimité. » Ainsi les auteurs du code voulaient que l'enfant eût un acte de naissance, appuyé de la possession d'état; mais cette rédaction ne fut pas admise, elle fut remplacée par une rédaction qui veut seulement que la possession d'état ne soit pas contredite par l'acte de naissance. Le changement est radical. Il ne faut donc plus d'acte de naissance; il faut que l'acte, s'il y en a un, ne contredise pas la possession d'état. Cela est en harmonie avec l'esprit de la loi. Pourquoi dispense-t-elle l'enfant de la représentation de l'acte de mariage? Parce qu'il peut ignorer le lieu où ses père et mère se sont mariés. Sait-il davantage le lieu où il est venu au monde? L'enfant n'est donc pas tenu de représenter son acte de

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Légitimité*, section I, § 2, question VI (t. XVII, p. 369). La jurisprudence est conforme. Voyez les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 320.

naissance, il en est dispensé par cela seul que ses père et mère sont morts. Si l'adversaire de l'enfant soutient que la possession d'état est contredite par l'acte de naissance, c'est à lui à le produire. Il y aurait contradiction si l'acte de naissance portait que l'enfant est un enfant naturel. Il n'y aurait pas contradiction si l'acte se bornait à dire que l'enfant est né de père et mère inconnus (1).

14. Quel sera l'effet de la preuve que l'enfant fera de la double possession d'état prescrite par l'article 197? La loi dit que « sa légitimité ne pourra être contestée sous le *seul prétexte* du défaut de l'acte de célébration. » Merlin induit de là que l'enfant a pour lui une *présomption* de légitimité. Le mot est répété par M. Demolombe et par la jurisprudence (2). Est-il exact? La loi ne le prononce pas, et à vrai dire il ne peut pas s'agir d'une véritable présomption. Il y a présomption quand d'un fait connu la loi tire une conséquence à un fait inconnu (art. 1349). Dans l'espèce, le législateur ne procède pas par voie de raisonnement. Il admet l'enfant à faire preuve de sa légitimité par la possession d'état. Le résultat de la preuve est naturellement que la légitimité de l'enfant est établie. Sera-t-elle à l'abri de toute contestation? L'article 197 dit qu'elle peut être contestée, mais qu'elle ne peut l'être sous le *seul prétexte* du défaut de représentation de l'acte de célébration. C'est dire que la preuve par possession d'état tiendra lieu à l'enfant d'acte de mariage. Or, l'acte de mariage peut être combattu par toute preuve contraire; on peut soutenir que le mariage est nul ou inexistant.

On demande quelle preuve sera admise? Puisque la loi ne contient aucune disposition spéciale, il faut décider que la preuve se fera d'après les principes généraux. La possession d'état se prouve par témoins. D'après le droit commun, les présomptions sont admises quand la preuve testimoniale est admise. Il suit de là que l'adversaire de l'enfant sera reçu à proposer des présomptions graves,

(1) Valette sur Proudhon, *Traité de l'état des personnes*, t. II, p. 72, note. Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. Ier, p. 187, note 12, et les auteurs cités par Dalloz, au mot *Paternité*, n° 330.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Légitimité*, section II, § 2, question IX (t. XVII, p. 380). Demolombe, t. III, p. 586, n° 406.

précises et concordantes pour combattre la possession d'état (art. 1353). Les principes généraux reçoivent ici leur application, puisqu'il s'agit de prouver des faits. M. Demolombe repousse les présomptions, mais sans donner de motifs à l'appui de son avis, puis il ajoute qu'il est facile de comprendre qu'il appartient aux magistrats, en fait, d'apprécier le caractère et la force des différentes preuves qui peuvent être produites (1). C'est dire oui et non. La science du droit demande plus de précision et de rigueur. S'il est vrai que la loi repousse les présomptions, il faut maintenir la règle qu'elle établit, et dire que les tribunaux n'ont pas le droit de les admettre. Sans doute, ils ont un certain pouvoir d'appréciation en matière de preuves. Mais ce pouvoir ne va pas jusqu'à recevoir une preuve que la loi repousse.

15. La jurisprudence a consacré une doctrine beaucoup plus favorable à l'enfant (2). Elle part du principe formulé par Merlin, que l'article 197 établit une présomption de légitimité au profit de l'enfant; que la présomption peut, à la vérité, être combattue par une preuve contraire, mais que cette preuve doit être directe et décisive, qu'elle ne peut pas consister dans d'autres présomptions que l'on opposerait à celles de la loi. Merlin appuie cette doctrine sur l'autorité de d'Aguesseau et de Voet (3). Mais pour que l'on puisse recourir aux anciens principes, il faut prouver que le code les a maintenus. En supposant, ce que nous n'admettons pas, que l'article 197 crée une vraie présomption, il y aurait lieu d'appliquer la règle qui admet la preuve contraire. Or, l'article 1352, qui autorise la preuve contre les présomptions légales, ne limite pas ces preuves; par cela même il les admet toutes, sous les conditions déterminées par la loi : ce qui exclut la doctrine enseignée par Merlin. Après tout, la présomption n'est qu'un simple raisonnement. Pourquoi ne pourrait-on pas combattre par des preuves légales un raisonnement fondé sur des probabilités? Dans l'espèce, la présomption est, dit-on,

(1) Demolombe. *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 585, n° 405.
(2) Arrêt de Paris du 18 décembre 1837 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 590 1°.
(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Légitimité*, section I, § 2, n° 9.

qu'il y a mariage. Qu'est-ce à dire? Il est probable qu'il y a mariage, mais il est possible aussi, et il est arrivé plus d'une fois que, malgré la double possession d'état, il n'y avait pas de mariage. Pourquoi n'en pas permettre la preuve? La jurisprudence admet cette preuve, mais elle exige qu'elle soit directe; par exemple, dit la cour de Paris, la preuve de la célébration d'un autre mariage de chacun des père et mère, ou de l'un d'eux, avec une autre personne. Certes, quand une pareille preuve existe, l'enfant ne peut plus se prévaloir de l'article 197; la probabilité cède devant la certitude résultant d'un acte authentique (1). Mais faut-il nécessairement cette preuve directe et authentique? Ce serait dépasser la loi; et à force de favoriser la légitimité, on aboutirait à favoriser le concubinage (2).

La cour de Lyon et la cour de cassation ont appliqué l'article 197 dans une espèce où il y avait un contrat de mariage devant notaire et possession d'état. Tous les parents déclaraient que la promesse de mariage n'avait pas été suivie de mariage (3). Ces cas se présentent tous les jours, dit-on, dans les grandes villes; voilà pourquoi l'on a bien fait de rejeter la possession d'état comme preuve du mariage. La loi l'admet en faveur des enfants, mais il ne faut pas pousser l'indulgence à l'excès; sinon, le concubinage deviendra la preuve du mariage, si l'on a soin de donner une apparence de légitimité à des relations coupables.

Dans une autre espèce, il y avait eu un mariage religieux célébré par le ministre protestant, en vertu d'une lettre du ministre de la justice portant que les étrangers qui se marient en France peuvent se marier suivant les lois de leurs pays. Cet acte de célébration était représenté; néanmoins la cour de Paris et la cour de cassation décidèrent qu'il y avait lieu d'appliquer l'article 197. Le mariage était évidemment nul; il était donc démontré que les

(1) Le cas s'est présenté. Voyez arrêt de Douai du 8 mars 1845 (Dalloz, 1845, 2, 163).

(2) C'est l'opinion de Toullier (t. II, nº 878).

(3) Arrêt de la cour de cassation du 8 mai 1810 (Dalloz, au mot *Paternité*, nº 32, 2º).

prétendus époux avaient, aux yeux de la loi, vécu dans le concubinage. Cette preuve ne devait-elle pas détruire ce que l'on appelle la présomption de légitimité résultant de l'article 197? Non, a dit la cour de Paris, car l'acte irrégulier de célébration de mariage ne prouve pas que les époux n'ont point réparé le vice en célébrant leur mariage devant l'officier de l'état civil (1). Il est vrai que la preuve n'est pas absolue; mais il s'agit de savoir si la probabilité qu'il y a eu mariage n'est pas détruite par la production d'un acte que les parties intéressées, étrangères, devaient croire valable, en présence des lettres émanées du ministre de la justice. Certes, la présomption résultant de la célébration du mariage dans ces circonstances était plus forte que la prétendue présomption de l'article 197. Dès lors, n'était-ce pas le cas d'appliquer le texte même de cet article, qui implique que la possession d'état alléguée par l'enfant peut être combattue?

Un cas tout aussi singulier s'est présenté devant la cour de Bordeaux. Le mariage est contracté, en présence des deux familles, devant un notaire, puis les prétendus époux célèbrent leur mariage religieux, ils vivent comme mari et femme, leurs enfants jouissent de la possession d'état. Toutefois, en procédant à un second mariage, le mari qualifie d'enfant naturel le fils qu'il avait eu de son premier mariage, mariage évidemment nul. Cette déclaration émanée du père ne prouvait-elle pas que le vice du premier mariage n'avait pas été réparé; que, par conséquent, la possession d'état apparente cachait un vrai concubinage? La cour fit néanmoins à l'enfant issu de ce concubinage l'application de l'article 197 (2). Même en acceptant la doctrine de Merlin ainsi que la jurisprudence, on peut soutenir que dans l'espèce il y avait une preuve directe de la non-existence du mariage; elle résultait de l'acte passé devant notaire, combiné avec la déclaration du père lors de son second mariage. C'est ce qui a été jugé,

(1) Arrêt de Paris du 18 décembre 1837 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 590 1°) et arrêt de la cour de cassation du 11 août 1841 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 323).

(2) Arrêt de Bordeaux du 28 janvier 1835 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 327).

dans un cas analogue, par la cour de Paris. Il y avait possession d'état des époux, possession d'état de l'enfant; mais d'une part cette possession ne sembla pas assez caractérisée, et d'autre part elle était détruite par un acte dans lequel la mère qualifiait son fils d'enfant naturel. A notre avis, cet arrêt consacre la vraie doctrine (1). C'est celle qui est enseignée par Toullier (2).

§ III. *De la preuve résultant d'une procédure criminelle.*

16. L'article 198 dit que la preuve d'une célébration légale du mariage peut se trouver acquise par le résultat d'une procédure *criminelle*. Que faut-il entendre par cette expression : procédure criminelle? Le mot *criminel* est synonyme de *pénal;* il s'applique donc à toute espèce de contravention passible d'une peine. Une procédure criminelle peut fournir la preuve qu'un mariage a été célébré. Ainsi l'acte de célébration a été détruit ou falsifié (3). L'auteur du crime est poursuivi, le fait est établi; il est prouvé qu'un mariage a été célébré, qu'un acte a été rédigé par l'officier public, mais que cet acte a été détruit ou falsifié par le prévenu. Dans ce cas, le jugement qui prononce la peine atteste en même temps la célébration du mariage. Le jugement sera inscrit sur les registres de l'état civil, et tiendra lieu de l'acte qui a été supprimé ou falsifié.

L'article 198 reçoit aussi son application au cas où l'officier public inscrit l'acte de célébration sur une feuille volante (code pénal, art. 263). Une feuille volante n'est pas un acte. Les parties intéressées n'ont qu'un moyen légal de se procurer une preuve du mariage, c'est de poursuivre l'officier de l'état civil et d'inscrire le jugement sur les registres. On pourrait objecter que l'article 198 suppose un *crime*, puisqu'il parle d'une procédure *criminelle*. Mais l'objection n'aurait aucune valeur. La distinction

(1) Arrêt de Paris du 11 mai 1816 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 328).
(2) Toullier, *le Droit civil français*, t II, n° 878, p. 107.
(3) Code pénal belge, art. 537, 194-196.

légale entre les crimes, les délits et les contraventions n'a été introduite que par le code pénal de 1810; elle était inconnue lors de la publication du code civil. S'il restait un doute, il serait levé par la discussion. Le projet prévoyait uniquement le cas de l'inscription de l'acte de mariage sur une feuille volante; le texte fut généralisé de manière à comprendre toute procédure intentée par suite d'une infraction à une loi pénale. Il est de toute évidence, du reste, que le motif de l'article 198 est général; les parties intéressées ne doivent pas souffrir de la contravention, pas plus que du délit ou du crime qui leur enlève la preuve d'un mariage réellement célébré (1).

L'article 200 porte : « Si l'*officier public* est décédé lors de la découverte de la *fraude.* » Est-ce à dire que les parties intéressées ne peuvent invoquer le bénéfice de l'article 198, que si l'infraction a été commise par l'*officier de l'état civil?* La loi ainsi interprétée n'aurait pas de sens. Qu'importe aux parties intéressées qui est le coupable? La loi parle de l'*officier public* parce que d'ordinaire c'est lui qui est l'auteur de l'infraction; elle est donc énonciative et non restrictive. Elle est encore énonciative en parlant de *fraude.* Il est possible qu'il n'y ait aucune fraude, pas même intention de nuire. L'officier civil qui rédige l'acte de mariage sur une feuille volante n'est coupable, en général, que de négligence. Il n'en est pas moins vrai qu'il a contrevenu à la loi et qu'il peut être poursuivi; par suite, le jugement qui le condamnera tiendra lieu d'acte.

17. Par qui l'action peut-elle ou doit-elle être intentée? Toute infraction à une loi pénale donne lieu à deux actions : l'action publique ayant pour objet l'application de la peine est exercée, en général, par le ministère public; l'action civile tendant à la réparation du dommage causé par le délit, est formée par les parties intéressées. Quand il s'agit d'un crime proprement dit, la partie lésée peut seulement porter plainte et se constituer partie civile, si le ministère public poursuit; tandis que s'il s'agit d'un délit ou d'une contravention, la partie lésée peut elle-

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 589, n° 409.

même porter l'action devant le tribunal de répression. Tels sont les principes de droit commun. Le code civil y a-t-il dérogé? La question n'est pas sans difficulté. Tous les auteurs se plaignent de la mauvaise rédaction des articles 198 à 200. Il nous semble qu'une mauvaise rédaction ne saurait l'emporter sur les règles essentielles qui régissent l'action publique et l'action civile, à moins que le législateur n'y ait dérogé formellement. Voyons sur quoi porte la dérogation.

L'article 199 semble n'ouvrir l'action au ministère public que si les époux ou l'un d'eux sont décédés sans avoir découvert la « fraude; » il porte, en effet, que dans ce cas « l'action criminelle peut être intentée par le procureur impérial. » Faut-il conclure de là que le ministère public ne peut pas agir du vivant des deux époux? La loi ainsi interprétée n'aurait pas de sens. Pourquoi l'action publique serait-elle suspendue par le silence des parties intéressées? Conçoit-on qu'un crime reste impuni parce qu'il ne plaît pas aux parties intéressées de porter plainte? Cela se fait parfois pour des raisons particulières. Dans l'espèce, y a-t-il une ombre de raison pour suspendre l'action du ministère public tant que les deux époux vivent, pour l'ouvrir quand l'un d'eux vient à mourir? Il est donc impossible que le mot *si* exprime ici une condition. La loi prévoit le cas ordinaire. Quand les époux ont connaissance du délit qui leur enlève la preuve de la célébration du mariage, ils se hâteront de porter plainte ou d'agir eux-mêmes. Après leur mort ou après la mort de l'un d'eux, d'autres intérêts surgissent; alors ce sera au ministère public à prendre l'initiative. Mais de ce que les choses se passent ordinairement ainsi, induira-t-on que le ministère public ne pourra pas poursuivre un faussaire, ou même l'officier civil qui inscrit tous ses actes sur des feuilles volantes, parce que les parties intéressées, négligentes ou ignorantes, n'agissent point?

Le ministère public agit donc quand il veut. A-t-il l'action civile? Non; cette action, dit le code d'instruction criminelle, est exercée par ceux qui ont souffert du dommage causé par le crime (art. 1er). Ici, il y a néanmoins

une dérogation formelle au droit commun. « Si l'officier public, dit l'article 200, est décédé lors de la découverte de la fraude, l'action sera dirigée au civil contre ses héritiers, *par le procureur impérial*, en présence des parties intéressées et sur leur dénonciation. » Ainsi, dans ce cas, la partie civile dénonce, c'est le ministère public qui agit au civil. C'est une disposition tout à fait exceptionnelle. Quel en est le motif? Le législateur a craint qu'il n'y eût collusion entre les héritiers du coupable et les demandeurs, pour obtenir la preuve d'un mariage qui n'aurait jamais existé. Cette collusion est à craindre de la part des héritiers, qui ne sont passibles que de dommages-intérêts; on ne peut pas la supposer de la part de l'officier civil qui a son honneur à défendre.

18. Quand et par quelle voie les parties intéressées peuvent-elles agir? Il n'y a pas de difficulté pour les époux. Ils peuvent agir dès qu'ils ont connaissance de l'infraction; ils peuvent agir directement tant que le coupable vit; après sa mort, ils doivent se borner à dénoncer le fait au ministère public qui agira, au civil, en leur présence. C'est ce que disent les articles 199 et 200. Mais que faut-il décider des autres parties intéressées? Si l'on s'en tient aux termes de l'article 199, on doit dire que, du vivant des époux, eux seuls peuvent agir, que l'action des autres parties intéressées ne s'ouvre que « lorsque les époux ou l'un d'eux sont décédés sans avoir découvert la fraude. » Cette opinion est enseignée par d'excellents auteurs; ils invoquent non-seulement le texte, mais encore l'esprit de la loi. Tant que les époux vivent, disent-ils, eux seuls ont droit d'agir, parce que leur intérêt domine et absorbe l'intérêt des tiers. Si les époux se taisent, il faut croire qu'il n'y a pas de mariage (1). Cette explication nous paraît peu satisfaisante. D'abord elle suppose que le ministère public ne peut pas agir du vivant des époux : ce qui est inadmissible. Dès lors l'article ne peut plus être interprété dans un sens restrictif. Puis, la raison que l'on donne

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. I[er], p. 512, art. 199, n° 3. Zachariæ, t. III, p. 224, § 452. Dalloz, au mot *Mariage*, n° 435.

pour justifier l'article 199 n'explique pas pourquoi les parties intéressées peuvent agir quand l'un des époux décède ; ne peut-on pas dire de l'époux survivant ce que l'on dit des deux conjoints, que son intérêt absorbe celui des autres parties intéressées? Si l'article 199 ouvre l'action à tous les intéressés, à la mort de l'un des époux, ne serait-ce pas parce que la loi suppose que, du vivant des deux époux, il n'y a pas d'autre partie intéressée qu'eux, tandis que si l'un d'eux vient à mourir, ses héritiers ont intérêt à agir? L'esprit de la loi serait donc d'ouvrir une action dès qu'un intérêt vient à naître. Dès lors il faut aussi donner l'action du vivant des deux époux, si, par exception, un intérêt existe avant leur décès. Cette interprétation concilie le texte avec les principes généraux; là où il y a un droit, un intérêt à sauvegarder, il doit y avoir une action. On ne peut admettre que la loi dénie l'action en justice que dans le cas où elle la refuse en termes formels.

L'article 199 soulève encore une autre difficulté ; il semble subordonner l'action des parties intéressées et du ministère public à la condition que les époux ou l'un d'eux soient décédés *sans avoir découvert la fraude*. Ici tout le monde est d'accord pour dire que l'on ne peut pas prendre le texte au pied de la lettre. En effet, la loi n'aurait pas de sens. Il suffit, pour le prouver, de se rappeler que les époux peuvent agir contre l'officier de l'état civil qui a inscrit l'acte de mariage sur une feuille volante. Dans ce cas, il n'y a pas de *fraude*: en s'attachant à la lettre de l'article 199, il faudrait donc dire que ni le ministère public ni les parties intéressées ne pourraient agir. Pour donner un sens à la loi, il faut commencer par substituer le mot *délit* au mot *fraude*. Cela ne suffit pas. Supposez que les époux soient décédés, connaissant le délit, et qu'ils n'aient pas agi. En conclura-t-on que le ministère public et les parties intéressées ne pourront pas agir? Cela est impossible, parce que cela n'a pas de sens. On s'accorde donc à dire que les termes de la loi sont explicatifs (1). Que les

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 592, nº 412.

époux aient connu le délit ou ne l'aient pas connu, l'action des parties intéressées est toujours admissible après la mort des époux, pourquoi ne le serait-elle pas de leur vivant? Si l'on doit interpréter dans un sens explicatif les mots *sans avoir découvert la fraude*, pourquoi n'entendrait-on pas toute la phrase dans ce même sens explicatif (1)?

Reste une difficulté : devant quelle juridiction les parties intéressées intenteront-elles leur action? Elles peuvent se porter parties civiles devant les tribunaux criminels; cela n'est pas contesté. Mais peuvent-elles porter leur action devant les tribunaux civils? Tel est le droit commun, et le droit commun doit recevoir son application dans tous les cas où la loi n'y déroge pas expressément. On peut se prévaloir du texte des articles 198 et 199 pour soutenir qu'il y a dérogation. Dans l'article 198, il est question d'une *procédure criminelle;* l'article 199 dit que l'*action criminelle* peut être intentée par tous ceux qui y ont intérêt, et l'article 200 semble dire que l'action ne sera dirigée au civil que si l'auteur du délit est décédé. Nous dirons : Oui, régulièrement les choses se passeront ainsi. Mais en faut-il conclure que jamais les parties intéressées ne pourront agir au civil pendant la vie des époux ou après leur mort? Non; le mot *action criminelle*, dans l'article 199, s'applique à deux catégories de personnes : les parties intéressées et le ministère public. S'agit-il du ministère public, il est évident que son action se porte devant les tribunaux criminels; mais si les parties intéressées agissent, elles peuvent intenter l'action naissant du crime, soit comme parties civiles devant les tribunaux criminels, soit devant les tribunaux civils; dans un sens large, leur action est une action criminelle parce qu'elle naît d'un crime. Dans le sens strict du mot, leur action n'est jamais criminelle, car elles ne peuvent pas poursuivre le crime comme tel. Cela prouve que l'expression ne doit pas être prise dans le sens strict (2).

19. L'article 198 porte que « l'inscription du jugement

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. I[er], p. 360.
(2) La doctrine est divisée. Voyez Dalloz, au mot *Mariage*, n° 437.

sur les registres de l'état civil assure au mariage, à compter du jour de sa célébration, tous les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants issus de ce mariage. » Encore une mauvaise rédaction ; elle semble dire que si une procédure criminelle prouve qu'un mariage a été célébré, le mariage est à l'abri de toute attaque. Ce n'est certes pas là ce que le législateur a voulu dire. De quoi est-il question? Des preuves du mariage. Il doit se prouver régulièrement par un acte de célébration, inscrit sur les registres de l'état civil. Par exception, il peut se prouver par une procédure criminelle. Le résultat de cette procédure sera donc, non pas d'assurer tous les effets civils au mariage, mais d'établir qu'il a été célébré et que la preuve a été détruite; ce qui revient à dire que le jugement tiendra lieu d'acte.

Ici se présente une dernière difficulté. A l'égard de qui ce jugement fera-t-il foi? Est-ce seulement à l'égard de ceux qui ont été parties en cause, ou est-ce à l'égard des tiers en général? Au premier abord, on serait tenté de répondre, comme le font plusieurs auteurs, que le jugement, tenant lieu d'acte, doit avoir la même force probante que l'acte; or, les actes de l'état civil font foi à l'égard de la société entière. C'est mal raisonner, à notre avis; la loi ne fait pas cette assimilation et les principes la repoussent. Si le jugement a été porté au civil, il faut appliquer les principes qui régissent la chose jugée; les jugements n'ont d'effet qu'entre les parties, elles n'en ont aucun contre les tiers ni à leur profit. On ne peut donc pas dire que le jugement a la même force probante que l'acte. Qu'importe qu'il soit inscrit sur les registres de l'état civil? Cette inscription ne transforme pas le jugement en acte. Le jugement reste un jugement et soumis, comme tel, aux règles de la chose jugée. Il y a quelque doute quand le jugement a été porté par un tribunal criminel. On pourrait dire que ce jugement est rendu au nom de la société, qu'il doit donc faire foi à l'égard de tous. Sans doute, il fait foi à l'égard de tous, en tant qu'il constate l'existence d'un délit et qu'il applique une peine. Mais en tant qu'il statue sur des intérêts civils, il est régi par les principes

qui régissent la chose jugée. Donc, dans toute hypothèse, le jugement ne fera foi qu'entre les parties (1).

SECTION VI. — Des mariages contractés à l'étranger.

§ Ier. *Principes généraux.*

20. Les Français peuvent contracter mariage à l'étranger. Sont-ils soumis à des conditions spéciales? D'après l'article 170, il faut distinguer entre les formes requises pour la célébration et les conditions intrinsèques. Quant aux formes, le code dit que le mariage contracté en pays étranger entre Français, et entre Français et étrangers sera valable, s'il a été célébré dans les formes usitées dans le pays. On enseigne d'ordinaire que cette disposition est une application du principe posé par l'article 47, aux termes duquel « tout acte de l'état civil des Français et des étrangers, fait en pays étranger, fera foi, s'il a été rédigé dans les formes usitées dans ledit pays (2). » A vrai dire, c'est une extension du principe plutôt qu'une application. L'adage *locus regit actum* concerne les *actes*, c'est-à-dire les écrits dressés pour constater un fait juridique; il ne s'applique donc qu'à l'acte que l'officier public rédige après avoir célébré le mariage. La célébration même est un fait différent de l'acte. Cela est si vrai qu'il y a des pays où la célébration du mariage n'est pas constatée par un écrit. Mais il y avait même raison d'appliquer au fait de la célébration le principe qui régit la forme des écrits. Tel est l'objet de l'article 170.

On demande si les futurs époux, quand ils sont l'un et l'autre Français, peuvent contracter mariage devant les agents diplomatiques ou les consuls. Nous avons enseigné l'affirmative au titre des Actes de l'état civil. Telle est, en effet, l'opinion générale. Il y a cependant une raison de douter. L'article 170 ne mentionne pas les agents diplomatiques, et l'article 48 que l'on invoque ne concerne que

(1) Demolombe, t. III, p. 599, nº 419. Valette, *Explication du livre Ier*, p. 114.
(2) Nous l'avons dit nous-même, au t. II, p. 19, nº 11.

les actes de l'état civil proprement dits, c'est-à-dire les écrits. Il y a donc une lacune dans la loi. L'interprète peut-il la combler par voie d'analogie? C'est dans ces termes que la question doit être posée. Nous persistons à croire que les agents diplomatiques peuvent célébrer le mariage des Français. Compétents quant à l'acte de célébration, en vertu de l'article 48, ils le sont par cela même pour le fait de célébration, que l'acte est destiné à constater. Pour mieux dire, à leur égard le fait juridique et l'écrit se confondent. Toutefois il eût été plus régulier de le dire; car la compétence des agents diplomatiques en matière d'état civil est exceptionnelle; comme telle, elle devrait être définie par la loi.

21. L'article 170 ajoute : « Pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'article 63. » Cette disposition est spéciale et exceptionnelle. Les publications se lient aux formalités requises pour la célébration du mariage. Puisque la célébration est régie par la loi du pays où l'union est contractée, le législateur aurait dû s'en rapporter à la loi étrangère en ce qui concerne les publications. Pourquoi donc veut-il que des publications soient faites en France? La publicité du mariage est un des principes essentiels de notre législation; les publications notamment ont pour objet de porter le projet de mariage à la connaissance de ceux qui ont le droit d'y former opposition et de prévenir par là un mariage contraire à la loi. C'est pour cette raison que le code exige que le mariage, bien que contracté à l'étranger, reçoive de la publicité en France. En ce sens, la disposition de l'article 170 est spéciale et exceptionnelle. La publicité de la célébration est régie par la loi du pays où le mariage est contracté; c'est encore la loi étrangère qui décidera si des publications doivent être faites à l'étranger. En tout cas, il doit y en avoir en France. Le mariage doit donc être publié en France avant de pouvoir être célébré à l'étranger. C'est le seul élément de publicité dont le législateur français dispose. Il résulte de là que les publications ont une plus grande importance pour les mariages contractés à l'étranger que pour les mariages célébrés en France. Quand les

futurs époux se marient en France, leur union a une publicité de fait et de droit indépendante des publications; tandis que s'ils se marient à l'étranger et s'ils ne font pas de publications en France, leur mariage sera le plus souvent clandestin. En ce sens, on peut dire que les publications sont de l'essence des mariages contractés à l'étranger.

22. L'article 170 veut que le mariage soit précédé des publications prescrites par l'article 63. Cette dernière disposition ne dit pas où les publications doivent se faire. Le code règle cette matière dans les articles 166-168. Faut-il que les publications soient faites conformément à ces articles? C'est l'opinion générale. Elle se fonde sur le texte et sur l'esprit de la loi. L'article 63, auquel le code renvoie dans l'article 170, dit seulement ce que l'on entend par publications, comment elles se font; après cela viennent les articles 166-168 qui organisent le principe; renvoyer à l'article 63, c'est donc renvoyer implicitement aux articles 166-168; cela est si vrai que si on ne les appliquait pas aux mariages célébrés à l'étranger, on ne saurait pas où les publications prescrites par l'article 170 doivent se faire. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Elle veut que le mariage contracté à l'étranger ait de la publicité en France; or, le seul moyen de le rendre public, c'est de faire des publications. Dès lors il faut les multiplier plutôt que d'en restreindre le nombre.

On demande si les publications prescrites par l'article 170 doivent toujours être faites en France? D'après le texte de la loi, la question ne peut pas même être posée, car il est général et ne comporte aucune exception. Il est vrai qu'au conseil d'Etat on a dit que si les futurs époux étaient établis depuis longues années à l'étranger, et s'ils n'avaient conservé aucune habitation en France, ils ne seraient pas tenus d'y faire des publications, à moins qu'ils ne fussent mineurs, auquel cas les publications doivent se faire au domicile de ceux sous la puissance desquels ils se trouvent. Mais ces dires n'ayant pas été consacrés par le code, il n'en faut tenir aucun compte. Les publications doivent donc toujours se faire. Il y a cepen-

dant une exception qui résulte de la force des choses. Si les futurs époux n'avaient plus ni résidence de fait, ni domicile de droit en France, et s'ils étaient majeurs quant au mariage, les publications deviendraient impossibles, parce qu'on ne saurait pas à quel lieu elles devraient se faire (1).

23. Le projet de code soumis aux délibérations du conseil d'Etat contenait la disposition suivante : « Néanmoins, le mariage contracté en pays étranger, entre Français, ne sera valable qu'autant qu'avant la célébration l'une des parties contractantes y résiderait depuis six mois. » Cette disposition avait été proposée par plusieurs cours, notamment par celle de Bruxelles, dans le but d'empêcher la célébration du mariage à l'étranger, alors que les parties n'y auraient pas même une résidence de quelques jours. Elle fut retranchée, sur la proposition du premier consul, comme inutile; les publications devant toujours se faire en France, si les futurs époux y ont conservé leur résidence et leur domicile. Or, le but du législateur est de donner de la publicité au mariage en France, et ce but est atteint par les publications. Quant au lieu où le mariage peut ou doit se célébrer, lorsqu'il est contracté à l'étranger, c'est évidemment la loi étrangère qui décide cette question; elle n'intéresse pas la publicité du mariage en France, et le législateur français est incompétent pour la décider. Telle est aussi l'opinion générale (2).

24. L'article 170 prescrit encore une autre condition pour les mariages contractés à l'étranger : il dit que le mariage sera valable, pourvu que les futurs époux, s'ils sont Français, n'aient point contrevenu aux dispositions contenues dans le chapitre Ier, lequel prescrit les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter mariage. Parmi ces conditions, il y en a une qui ne constitue qu'un empêchement prohibitif, ce sont les actes respectueux. Les termes de l'article 170 étant généraux, il faut décider que les Français qui contractent mariage à l'étranger doivent demander le conseil de leurs ascendants, alors

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 336, n° 221.
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 390.

même que les lois du pays où ils se marient n'exigeraient pas cette formalité. Cela n'est point douteux, et quand même l'article 170 ne l'exigerait point, cela eût été de droit. En effet, l'article 170 ne fait qu'appliquer au mariage le principe posé par l'article 3 : « Les lois concernant l'état et la capacité des personnes régissent les Français, même résidant en pays étranger. »

Le chapitre Ier, auquel l'article 170 renvoie, ne parle pas des formalités relatives à la célébration du mariage : c'est l'objet du chapitre II. Quand le mariage entre Français est célébré à l'étranger, c'est naturellement la loi étrangère qui détermine les formalités que l'on doit observer pour la célébration. C'est donc cette loi qui décidera si le mariage doit être célébré publiquement. Mais alors même que la loi étrangère ne prescrirait pas la publicité, les futurs époux doivent rendre leur mariage public en France par la voie des publications.

25. Naît maintenant la question de savoir quelle est la sanction de l'article 170. Quand les futurs époux ont contrevenu à une disposition du chapitre Ier prescrite sous peine de nullité, alors il n'y a pas de doute ; le mariage sera nul. C'est une conséquence évidente du principe établi par l'article 3 du code civil sur le statut personnel. Mais parmi ces dispositions il y en a une qui n'est pas prescrite sous peine de nullité. Si les futurs époux se marient en France sans demander le conseil de leurs ascendants par des actes respectueux, le mariage est néanmoins valable ; sera-t-il nul s'ils se marient à l'étranger, au mépris de l'article 151?

Une question analogue se présente pour les publications. Quant aux formalités qui doivent être observées à l'étranger pour la célébration du mariage, il n'y a pas de difficulté. Le mariage est-il contracté devant un agent diplomatique, c'est la loi française qui devra être observée ; et par suite la question de savoir si le mariage est valable se décidera par le code civil. Si c'est l'officier étranger qui a célébré le mariage, on suivra la loi étrangère. Mais que faut-il dire des publications qui, d'après l'article 170, doivent se faire en France? Si le mariage était célébré en

France, il ne serait pas nul pour défaut de publications (1). Sera-t-il nul si le mariage a été contracté à l'étranger, au mépris des articles 170 et 63? La question est controversée et elle est douteuse.

§ II. *Sanction de l'article* 170.

26. Au premier abord, on est tenté de croire que le texte de l'article 170 décide les questions que nous venons de soulever. Il porte en effet : « Le mariage contracté en pays étranger *sera valable, pourvu qu'il* ait été précédé des publications prescrites par l'article 63, et que le Français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent. » Dire que le mariage *est valable pourvu que* telles conditions soient remplies, n'est-ce pas dire clairement que ces conditions sont exigées pour la validité du mariage, et que si elles ne sont pas observées, le mariage sera nul? L'expression *pourvu que*, dit Merlin, a toujours été entendue comme impliquant une *condition;* et quand c'est une condition prescrite pour la validité d'un acte, n'en faut-il pas conclure que, la condition manquant, l'acte est nul (2)? Cette opinion a effectivement des partisans (3), et elle a été consacrée par plusieurs arrêts de la cour de cassation (4).

Dans toute autre matière que celle du mariage, nous n'hésiterions pas à admettre la nullité, en présence des termes irritants dont se sert l'article 170. Mais rappelons-nous que les termes, quelque irritants qu'ils soient, ne suffisent pas pour entraîner la nullité du mariage; il faut que la nullité soit prononcée par un texte formel, dans le chapitre IV consacré aux demandes en nullité de mariage. Ce principe, admis par la jurisprudence et la doctrine pour les mariages contractés en France, s'applique-t-il

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 606, n° 478.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Bans de mariage*, n° 2 (t. II, p. 439).
(3) Marcadé la soutient vivement (t. Ier, p. 427, art. 170, n° 2).
(4) Arrêt de rejet du 8 mars 1831 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 393 1°), et arrêt de cassation du 6 mars 1837 (*ibid.*, n° 393, 2°).

aux mariages célébrés à l'étranger? C'est en ces termes que la question doit être posée. Si le principe est applicable aux mariages contractés à l'étranger, alors ce n'est pas l'article 170 qui doit décider la difficulté ; ce sont les dispositions du chapitre IV qu'il faudra appliquer. La question présente deux faces : d'abord il faut voir si le principe formulé par la cour de cassation est général, s'il concerne tout mariage, sans distinguer le lieu où il a été célébré, ou s'il n'est relatif qu'aux mariages contractés en France. Ensuite, en supposant que le principe soit général, il faut voir si l'article 170 n'y a pas dérogé en établissant un système spécial de nullités pour les mariages célébrés à l'étranger.

27. La première question n'en est réellement pas une. Si la jurisprudence et la doctrine n'admettent d'autres nullités que celles qui sont expressément établies par la loi, c'est qu'à raison de l'importance du mariage, le législateur a pris soin de déterminer lui-même, dans un chapitre spécial, les causes de nullité et les personnes qui peuvent s'en prévaloir. Le principe est donc général de sa nature. Il n'y a pas une ombre de raison pour le limiter aux mariages célébrés en France. Est-ce que par hasard le mariage perd de son importance quand les futurs époux vont se marier à l'étranger? Est-il moins nécessaire de définir avec précision les cas de nullité, les caractères qui les distinguent, les personnes qui peuvent les invoquer? Pourquoi abandonner ces mariages aux incertitudes de la doctrine et de la jurisprudence? Ce sont toujours les mêmes personnes qui se marient, ce sont des Français. Le législateur doit-il veiller avec moins de sollicitude au maintien de leur union, quand, au lieu de se marier en France, elles se marient à l'étranger? Il est inutile d'insister; le lieu où le mariage se célèbre n'a rien de commun avec notre principe; il ne peut donc pas le modifier.

28. Là n'est pas la vraie difficulté. Il s'agit de savoir si le législateur a dérogé au principe, en ce sens qu'il aurait établi un système spécial de nullités pour les mariages contractés à l'étranger. Précisons les cas, la solution sera d'autant plus facile. Le mariage contracté en

France par des majeurs, sans qu'ils aient demandé le conseil de leurs ascendants, est valable; l'empêchement n'est que prohibitif. Est-ce que l'empêchement deviendra dirimant lorsque le mariage est célébré à l'étranger? Si les termes de l'article 170 emportent nullité, il faut répondre affirmativement. Mais pourquoi un seul et même empêchement serait-il prohibitif en France et, à l'étranger, dirimant? L'empêchement est fondé sur le respect que les enfants doivent témoigner à leurs ascendants. Les enfants mineurs doivent-ils plus de respect à leurs ascendants quand ils se marient à l'étranger que lorsqu'ils se marient en France? Est-ce que l'enfant qui brave ses ascendants en France est moins coupable que l'enfant qui va se marier à l'étranger? On dira que là n'est point la question. L'enfant trouvera difficilement en France un officier de l'état civil qui procédera à la célébration de son mariage, puisque le coupable sera puni d'un emprisonnement et d'une amende, tandis que l'officier étranger n'a à craindre ni amende ni prison. Cela est vrai, mais cela n'empêche pas le mariage de rester valable malgré la violation de la loi; et la raison pour laquelle la loi maintient le mariage s'applique aux mariages contractés à l'étranger aussi bien qu'à ceux qui sont célébrés en France: c'est que les enfants étant majeurs, le consentement de leurs ascendants n'est plus requis pour la validité de leur mariage. Pourquoi ce consentement deviendrait-il nécessaire quand les enfants se marient en pays étranger? On en chercherait vainement la raison. Le texte de l'article 170 et les principes résistent à cette interprétation. Que veut l'article 170? Que le Français ne contrevienne pas aux dispositions du chapitre Ier. C'est dire que ces dispositions le suivent à l'étranger; mais elles le suivent avec le caractère qu'elles ont en France: dirimantes, elles restent dirimantes: prohibitives, elles restent prohibitives. Le statut personnel est identique à l'étranger et en France; tel est le principe posé par l'article 3, dont l'article 170 contient une application au mariage. Pour admettre que le statut change de nature, il faudrait une disposition bien précise; il faudrait une raison qui justifiât cette dérogation; or, de raison il

n'y en a pas, et le texte implique le maintien pur et simple du statut (1).

29. S'il n'y a pas nullité, en vertu de l'article 170, pour le cas où le mariage a lieu sans que les enfants aient demandé le conseil de leurs ascendants, il est impossible d'admettre la nullité quand le mariage a été célébré à l'étranger sans avoir été précédé des publications prescrites par la loi. En effet, c'est une seule et même disposition qui soumet le mariage contracté à l'étranger, d'abord à la formalité des publications, ensuite à l'observation des dispositions du chapitre Ier; c'est la même expression *pourvu que* qui marque les deux conditions; si, malgré cette formule irritante, le mariage reste valable quand il n'y a pas eu d'actes respectueux, il faut dire aussi que cette formule n'emporte pas nullité pour défaut de publications. Il est impossible que l'expression *pourvu que* implique nullité dans un cas et n'implique pas nullité dans l'autre. Cela décide notre question au point de vue des termes de l'article 170. Reste la raison de la loi.

Ici il y a une différence incontestable entre le défaut de publications et le défaut d'actes respectueux. La formalité des actes respectueux ne change point de nature ni d'importance, quand le mariage est célébré à l'étranger. Il n'en est pas de même des publications. Lorsque le mariage est contracté en France, les publications ne sont que l'un des éléments de la publicité qui doit entourer le mariage ; il faut dire plus, c'est un élément secondaire, car il ne concerne pas la publicité de la célébration, qui est seule requise pour la validité du mariage (art. 165, 191 et 193). Quand le mariage est contracté à l'étranger, la loi veut aussi qu'il soit public en France, mais ici le seul élément de publicité ce sont les publications. N'en faut-il pas conclure, avec les premiers arrêts de la cour de cassation, que la formalité des publications est substantielle, que le mariage contracté en pays étranger sans publica-

(1) Voyez, en ce sens, l'arrêt de la cour de cassation de France du 18 août 1841 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 394, 1°), et arrêt de la cour de cassation de Bruxelles du 28 juin 1830 (*Jurisprudence du* XIXe *siècle*, 1830, 3e partie, p. 234, et Dalloz, au mot *Mariage*, n° 397, 2°).

tions en France, est clandestin et par cela même frappé de nullité (1)?

Non. D'abord, pour qu'il y ait nullité, il faut un texte. L'article 170 ne prononce pas formellement la nullité; il faut donc l'écarter. L'article 191, invoqué par la cour de cassation, parle du mariage qui n'a point été *contracté* publiquement; il est étranger aux publications; l'article qui suit sanctionne le défaut de publications par une amende. Donc pas de texte qui prononce la nullité d'un mariage contracté à l'étranger sans publications préalables. On prétend que ce texte existe dans l'article 170, et qu'il y a une raison spéciale pour qu'il y ait nullité à défaut de publications quand le mariage est célébré à l'étranger. Il y a sans doute une différence entre les publications, dans le cas où le mariage est contracté à l'étranger et le cas où il est contracté en France, nous venons de la signaler. Mais la différence est-elle si considérable qu'elle doive entraîner la nullité absolue du mariage, en ce sens que le mariage célébré à l'étranger serait nul par cela seul qu'il n'aurait pas été précédé de publications? C'est ce que nous nions et d'après les principes et d'après les textes.

Pourquoi le législateur veut-il que le mariage soit précédé de publications? Pour avertir ceux qui ont le droit de former opposition au mariage : mieux vaut, dit Portalis, prévenir le mal en empêchant la célébration d'un mariage nul, que d'avoir ensuite à le réparer en l'annulant. Les publications qui doivent être faites en France, alors que le mariage est célébré à l'étranger, n'ont pas d'autre but. Quelle doit donc être, en principe, la conséquence du défaut de publications? Faut-il toujours, dans toute hypothèse, annuler le mariage par cela seul que les publications n'ont pas été faites? Ce serait une rigueur excessive, car elle irait contre le but que le législateur s'est proposé. Voilà deux Français qui habitent depuis longues années la Belgique; ils sont majeurs, il n'y a aucun empêchement légal à leur mariage. Ils se marient et

(1) C'est ce que dit la cour d'Angers (arrêt du 12 janvier 1838, dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 393, 2°).

négligent de faire des publications en France. Dira-t-on que leur mariage sera nul? Quoi! on annulerait un mariage par le seul motif qu'il n'a pas été précédé de publications, alors que ces publications n'ont plus de raison d'être (1)! Cela est impossible, car cela est en opposition avec tout le système du code sur les nullités de mariage. Mais si le défaut de publications n'est pas une cause de nullité absolue, en ce sens que la nullité doive être prononcée, ne serait-elle pas une cause de nullité facultative, en ce sens que les tribunaux décideront d'après les circonstances si le mariage doit être annulé? Deux Français mineurs vont célébrer leur mariage à l'étranger; ils ne font pas de publications, dans le but d'empêcher l'opposition de leurs parents et de faire fraude à la loi. Le législateur doit-il donner sa sanction à un mariage fait en fraude de ses dispositions? Non, certes. Il est de principe que les actes faits en fraude de la loi sont nuls. Ce principe doit recevoir son application au mariage. Cela est fondé en raison ; reste à savoir si cela est fondé sur le texte de la loi.

30. C'est la doctrine qui prévaut aujourd'hui dans la jurisprudence. Elle a toujours été admise par les cours de Belgique. Nous lisons dans un arrêt de la cour de Bruxelles du 7 mai 1811 (2), que la publicité est requise par le code pour la validité des mariages célébrés en France, mais que la nullité qui résulte du défaut de publicité est facultative; que les tribunaux apprécient d'après l'ensemble des faits s'il y a eu clandestinité; que le défaut de publications est une des circonstances que le juge prend en considération, mais que le seul défaut de publications ne suffit pas pour annuler le mariage. La cour se demande si le législateur a suivi un système différent pour les mariages célébrés à l'étranger. Elle avoue que les pu-

(1) C'est la raison que fait valoir la cour de Bruxelles (arrêt du 15 janvier 1840, dans la *Jurisprudence du* XIX[e] *siècle*, 1840, 2, p. 294). Voyez, dans le même sens, deux arrêts des cours de Toulouse et de Bastia de 1859 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1860, 2, 157-159).

(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 395, 2°. Comparez arrêt du 28 juin 1830 (*ibid.*, n° 397, 2°), et arrêt de Bruxelles du 28 juillet 1828 (*Pasicrisie*, 1828, 2, 273).

blications ont plus d'importance pour ces mariages; mais, dit-elle, cette importance n'est pas telle, que le législateur ait dû frapper le mariage de nullité par cela seul que les publications n'ont pas été faites. Après tout, les publications ont le même but, que le mariage soit célébré en France ou à l'étranger. Pourquoi donc dans un cas la nullité serait-elle facultative et dans l'autre obligatoire? Le but étant le même, les effets doivent être les mêmes, c'est-à-dire que, dans l'un et l'autre cas, l'annulation du mariage doit être abandonnée au pouvoir discrétionnaire du juge. Le tribunal maintiendra le mariage s'il a été contracté sans aucune intention de faire fraude à la loi; il l'annulera si les futurs époux sont allés se marier à l'étranger pour faire fraude à la loi (1). Un arrêt de la cour de Bruxelles du 2 juin 1862 (2) constate « qu'il est aujourd'hui de jurisprudence constante que l'absence soit de publications en Belgique, soit d'actes respectueux, n'est une cause de nullité pour le mariage contracté par des Belges en pays étranger, que lorsqu'il y a eu fraude, lorsque les parties ont eu pour but, en se rendant à l'étranger, de se soustraire aux prescriptions de la loi belge, et qu'elles ont voulu surtout empêcher de se produire des obstacles légitimes qui auraient pu exister à leur union. »

La cour de cassation de France est revenue de sa jurisprudence première. Un arrêt du 18 août 1841 pose en principe que l'article 170 ne prononce pas expressément la nullité du mariage contracté à l'étranger, qui n'aurait pas été précédé de publications en France; que la loi n'a pas voulu se montrer plus rigoureuse pour le défaut de publications en France que pour le défaut d'actes respectueux prescrits par ce même article 170; « qu'elle a, au contraire, entendu laisser aux tribunaux l'appréciation des conséquences plus ou moins graves du défaut de publications, *suivant l'intention présumée des parties qui auraient commis l'infraction et la qualité des personnes*

(1) C'est ce que la cour de Bruxelles a fait par arrêt du 2 août 1853 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 10) et par arrêt du 10 août 1861 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 216).
(2) *Pasicrisie*, 1863, 2, 214.

qui s'en prévaudraient (1). » Un arrêt de la cour suprême du 20 novembre 1866 constate qu'il est maintenant de jurisprudence que l'annulation du mariage est abandonnée à l'appréciation des tribunaux, que le juge annule ou n'annule pas suivant qu'il y a eu ou non intention d'éluder les dispositions de la loi française (2).

31. Il y a cependant une difficulté de texte. Il faut une loi pour prononcer la nullité. Quelle est cette loi, quand les publications n'ont pas été faites? Ce n'est pas l'article 170; il ne prononce pas la nullité, et il n'a pas pour but d'établir un système spécial de nullités pour les mariages contractés à l'étranger. Il faut donc recourir au chapitre IV. La cour de cassation invoque l'article 193 (3). Cette disposition donne, en effet, un pouvoir d'appréciation au juge pour les contraventions à l'article 165. Mais que dit cet article? Que « le mariage sera célébré publiquement devant l'officier civil du domicile de l'une des parties. » Il n'y est pas question de publications. Le défaut de publications est sanctionné par une amende (art. 192). En définitive, il n'y a pas d'article qui prononce la nullité pour défaut de publications. Pour admettre la nullité, il faut s'appuyer sur l'esprit de la loi plutôt que sur le texte, ce qui est très-dangereux en matière de nullités de mariage. Les articles 191 et 193, qui prononcent la nullité pour défaut de publicité, concernent l'un et l'autre la *célébration publique* du mariage; il faut les étendre au défaut de publications, en comprenant les publications parmi les formalités qui constituent la publicité. C'est étendre le texte, et en l'étendant on aboutit à une différence entre le défaut de publications pour les mariages célébrés en France, et le même défaut pour les mariages contractés à l'étranger. S'agit-il d'un mariage célébré en France, le mariage n'est pas nul pour le seul défaut de publications.

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 394, 14°.

(2) Dalloz, *Recueil périodique*, 1866, 1, 13. Telle est aussi la jurisprudence des cours impériales. Voyez quatre arrêts de 1850, de 1852 et de 1853, dans Dalloz (*Recueil périodique*, 1853, 2, 179 et suiv.), un arrêt de Paris de 1855 (*ibid.*, 1855, 2, 213), et deux arrêts de 1860 (*ibid.*, 1860, 2, 156, 157).

(3) Arrêts du 28 mars 1854 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1854, 1, 202) et du 21 février 1866 (*ibid.*, 1866, 1, 278).

S'agit-il d'un mariage contracté à l'étranger, le juge peut l'annuler par cela seul que les publications n'ont pas eu lieu. Autre différence. Quand un mariage contracté en France est clandestin, il est annulé par cela seul qu'il n'a pas été célébré publiquement. Quand un mariage a été contracté à l'étranger, le seul défaut de publications et par suite de publicité ne suffit point ; la jurisprudence exige la fraude. Ces différences se justifient au point de vue des principes ; mais où sont les textes qui les consacrent? En définitive, il faut dire qu'il n'y a point de texte formel prononçant la nullité pour défaut de publications des mariages célébrés à l'étranger. D'après la rigueur des principes, il faudrait donc décider qu'il n'y a point de nullité, pas même de nullité facultative. Il y a lacune dans le code; la jurisprudence l'a comblée en se fondant sur l'esprit de la loi. Cela est si vrai que, la nullité facultative étant admise, il a fallu construire tout un système en dehors de la loi, pour l'application du principe.

32. Par qui la nullité peut-elle être demandée? Si l'on admet qu'il y a nullité, on ne peut la fonder que sur les articles 191 et 193. Or, la nullité établie par ces dispositions est absolue : l'action peut être intentée, dit l'article 191, par les époux eux-mêmes, par les père et mère, par les ascendants et par tous ceux qui y ont intérêt, ainsi que par le ministère public. Faut-il donc dire que toute partie intéressée peut attaquer le mariage contracté à l'étranger, sans avoir été précédé de publications en France? La logique l'exigerait, mais il y a de nouveau une difficulté de texte, devant laquelle la cour de cassation a reculé. Il est de principe que les nullités de mariage ne peuvent être invoquées que par ceux auxquels la loi en donne le droit; or, dit la cour suprême, il n'y a pas de texte qui donne aux collatéraux le droit de demander la nullité du mariage contracté à l'étranger sans publications (1). Cela est vrai, mais il est vrai aussi qu'il n'y a pas d'article qui prononce la nullité pour défaut de publi-

(1) Arrêt du 18 août 1841 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 394, 14°). Comparez arrêt de Montpellier du 25 avril 1844 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1845, 2, 36).

cations. Que si l'on admet la nullité en vertu de l'article 193, il faut l'admettre avec le caractère que la loi reconnaît à la clandestinité, c'est-à-dire comme nullité absolue. La cour de cassation dit que la nullité n'est pas d'ordre public ni absolue. C'est une nouvelle contradiction. Il est vrai que la nullité est facultative; mais cela ne l'empêche pas d'être absolue en vertu de l'article 191. En définitive, que faut-il décider? Si la nullité n'est pas absolue, elle doit être relative. Si elle est relative, elle ne peut être demandée que par certaines personnes; quelles sont ces personnes? On ne le sait, car il n'y a pas de texte. Nous croyons que la nullité, si on l'admet, est régie en tout par les articles 191 et 193, qu'elle est donc absolue tout en étant facultative.

33. Enfin, on demande si cette nullité peut être couverte. Les cours sont unanimes à admettre l'affirmative. Partant du principe que la nullité est relative, la cour de cassation en conclut qu'elle peut être couverte, pourvu qu'il n'y ait pas d'empêchement dirimant au mariage (1). Couverte, comment? Quand la loi admet qu'une nullité se couvre, elle le dit, et elle dit comment elle peut se couvrir. Où est le texte qui décide que le défaut de publications se couvre? La jurisprudence admet qu'elle se couvre par la possession d'état. Il n'y a qu'un seul article dans le chapitre IV qui parle de la possession d'état, c'est l'article 196; la jurisprudence l'invoque, mais il se trouve que cette disposition est absolument étrangère à la *nullité du mariage*; elle ne concerne que la *nullité de l'acte de célébration*, et elle ne couvre cette nullité qu'à l'égard des époux, quand la possession d'état est appuyée sur un acte de célébration. Il faut donc écarter l'article 196. La jurisprudence invoque aussi l'article 183 (2). C'est un fondement plus ruineux encore! L'article 183 parle du défaut de consente-

(1) Arrêt du 17 août 1841 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 394, 10°).
(2) Arrêt de Montpellier du 25 avril 1844 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1845, 2, 36). Arrêt de Paris du 22 janvier 1842 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 394 16°). Arrêts du 4 juin 1845 et du 23 novembre 1853 de la cour de cassation (Dalloz, *Recueil périodique*, 1845, 1, 309 et 1854, 1, 421). Arrêt de Toulouse du 7 mai 1866 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1866, 2, 109). Arrêt de Bruxelles du 7 juin 1831 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 395).

ment des ascendants, nullité essentiellement relative et qui se couvre par la confirmation du mariage. Qu'est-ce que cette disposition a de commun avec la clandestinité, nullité que l'article 191 déclare absolue? M. Demolombe, qui aime cependant à se ranger de l'avis des cours, avoue qu'il est impossible de s'appuyer sur les articles 183 et 196. Il en cherche un autre et il trouve l'article 193. Que dit cet article? Que la nullité résultant de la clandestinité est facultative. De ce qu'elle est facultative, résulte-t-il qu'elle puisse se couvrir? M. Demolombe lui-même sent que son raisonnement cloche; il se tire d'embarras en disant que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire, en vertu de l'article 193, qu'ils peuvent par conséquent décider, non que le vice de clandestinité a été purgé, mais qu'il n'existait pas (1). Quoi! on suppose que le mariage a été clandestin, qu'il a été célébré à l'étranger pour frauder la loi, et il faut le supposer, sinon la question ne peut être agitée; et l'on veut que les tribunaux décident que ce mariage n'a pas été clandestin! Et pourquoi? Parce que, postérieurement au mariage, il y a eu possession d'état, c'est-à-dire publicité complète du mariage. Le législateur, sans doute, aurait pu déclarer que la publicité postérieure couvre le vice de clandestinité, mais il ne l'a pas fait, et le juge le peut-il dans le silence de la loi? Non. Eh bien, ce qu'il ne peut faire directement, il ne le peut faire indirectement; ce qu'il ne peut faire ouvertement, il ne le peut faire sournoisement, en disant que le vice n'existait pas, alors que réellement il existait!

La cour de Bruxelles, dans son arrêt du 28 juin 1830, invoque l'esprit de la loi. Nous croyons comme elle que la nullité résultant du défaut de publications devrait être réparable. Il y a un abîme entre la clandestinité et la bigamie ou l'inceste. Que ces dernières nullités ne puissent se réparer, le sens moral le dit. Mais où est la raison pour déclarer irréparable le vice de clandestinité? La publicité est une garantie qui tend à prévenir les mariages illégaux; les publications surtout n'ont pas d'autre raison d'être. Si

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 350, nº 225.

donc un mariage que les parties ont voulu contracter clandestinement n'est entaché d'aucun vice dirimant, pourquoi en faudrait-il prononcer nécessairement la nullité, si, après la célébration du mariage, il est rendu public par une possession d'état éclatante? C'est cette considération qui a entraîné les cours à créer des moyens qui couvrent la nullité. Mais en procédant ainsi, elles ont fait la loi, tandis que leur mission se borne à l'interpréter. Quand le vice est dans la loi, le législateur seul le peut corriger. A notre avis, il y a lacune dans toute cette matière; mais nous ne croyons pas que l'interprète ait le droit de la combler.

§ III. *De la transcription de l'acte de célébration.*

34. L'article 171 porte : « Dans les trois mois après le retour du Français sur le territoire de l'empire, l'acte de célébration du mariage contracté en pays étranger sera transcrit sur le registre public des mariages du lieu de son domicile. » Cette disposition a donné lieu à de longues controverses. On demande d'abord dans quels cas elle reçoit son application. L'article 171 est une suite de l'article 170, et celui-ci prévoit le cas où le mariage a été célébré par l'officier public du pays où il est contracté. Si le mariage était célébré par un agent diplomatique, le Français serait-il aussi obligé de faire transcrire l'acte de célébration? C'est demander si l'interprète peut créer une obligation que la loi n'établit pas, et n'est-ce pas le cas de dire que poser la question, c'est la résoudre? Elle n'a, du reste, d'intérêt que si l'on suppose que l'inaccomplissement de cette formalité a une sanction quelconque. Eh bien, cette sanction étant une peine civile, peut-on admettre une peine sans texte? Dans notre opinion, l'article 171 n'a aucune sanction; c'est une simple mesure d'ordre qui n'a d'autre but que de compléter les registres de l'état civil. S'il en est ainsi, la mesure doit être générale; mais comme la loi ne la prescrit pas en termes généraux, c'est au gouvernement à suppléer à cette lacune, en donnant

ordre aux agents diplomatiques d'envoyer un extrait des actes de mariage qu'ils recevront aux officiers civils, lesquels en feront la transcription (1).

35. Le code veut que cette transcription se fasse dans le délai de trois mois. Ce délai est-il fatal? La question, encore une fois, n'a de sens que si l'article 171 a une sanction. S'il n'a pas de sanction, qu'importe quand on remplit une formalité qui peut ne pas être remplie? Les auteurs qui enseignent que l'article a une sanction disent que la formalité de la transcription peut encore avoir lieu après les trois mois, mais qu'il faut un jugement qui l'ordonne; car une transcription faite hors des délais de la loi est une rectification des registres, et ne peut, dès lors, avoir lieu qu'avec autorisation de justice (2). Il est difficile de comprendre qu'un acte soit rectifié par la transcription, qui n'est qu'une simple copie. Il est vrai que quand la loi prescrit qu'un acte de l'état civil soit reçu dans un délai fixe, cet acte ne peut être dressé après ce délai qu'en vertu d'un jugement (3). Mais, dans l'espèce, il ne s'agit pas de recevoir un acte; l'acte est reçu, il faut seulement le copier; et pourquoi cette copie ne pourrait-elle pas se faire après les trois mois?

36. Nous abordons la grande difficulté. L'article 171 a-t-il une sanction et quelle est cette sanction? On a prétendu que le mariage n'aurait pas d'effet civil en France aussi longtemps que l'acte ne serait pas transcrit; que, par suite, les enfants n'hériteraient pas des biens situés en France, au préjudice des parents français; qu'on ne pourrait même invoquer ce mariage pour faire annuler un second mariage contracté en France avant la dissolution du premier. Il a été facile à Merlin de réfuter cette étrange interprétation. Elle n'a aucun fondement, ni dans le texte, ni dans l'esprit de la loi. Il n'y a pas un mot dans l'article 171 d'où l'on puisse induire que le défaut de transcription produise des effets aussi considérables; il n'établit aucune nullité, aucune déchéance. Et comment le législa-

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 351, n° 227.
(2) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, p. 315, note 7, § 468.
(3) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 31, n° 19.

teur aurait-il pu songer à une sanction aussi sévère, alors que le mariage, on le suppose, a été régulièrement célébré à l'étranger? Quoi! si les époux ne rentrent pas en France, leur mariage y produira tous les effets qu'il peut produire. Et s'ils y rentrent, le mariage, valable jusque-là, serait subitement frappé de nullité, si dans les trois mois l'acte n'était pas transcrit? Inutile d'insister; les tribunaux, plus sages que les auteurs, ont toujours repoussé cette opinion (1).

D'autres auteurs ont cru que le but de l'article 171 était de donner de la publicité au mariage en France; ils en ont conclu que si la formalité de la transcription n'est pas remplie, le mariage ne peut produire aucun des effets que la loi y attache à raison de la publicité dont il doit être entouré. Ainsi la femme n'aurait d'hypothèque légale que du jour de la transcription de l'acte de célébration, si la transcription n'était faite qu'après le délai de trois mois. De même, les époux ne pourraient opposer aux tiers le défaut d'autorisation maritale. Mais le mariage produirait les effets qui sont indépendants de la publicité (2).

Cette interprétation doit également être rejetée. Elle suppose que la transcription est ordonnée pour rendre le mariage public, donc dans l'intérêt des tiers, et elle applique alors le principe qu'un acte dont la publicité est prescrite dans l'intérêt des tiers, est censé ne pas exister à leur égard tant que les formalités établies par la loi n'ont pas été remplies. Mais cette supposition n'est fondée sur rien. Elle n'a aucun appui dans le texte. Que si l'on recourt aux travaux préparatoires, on n'y trouve pas le moindre indice de ce système. Demandons à Portalis pourquoi le législateur veut que l'acte de mariage soit transcrit; il nous répondra, dans son style pompeux : « Il faut que le Français qui s'est marié ailleurs qu'en France vienne faire *hommage* à sa patrie du titre qui l'a rendu époux ou père, et qu'il *naturalise* ce titre, en le faisant

(1) Delvincourt, t. Ier, p. 68, note 6. Merlin, *Questions de droit*, au mot *Mariage*, § 14. Dalloz, au mot *Mariage*, nº 397, 1º.

(2) C'est l'opinion de Duranton (t. II, p. 187, nº 240) suivi par Zachariæ qui l'a systématisée (t. III, p. 314 et suiv., § 468).

inscrire dans un registre national. » Ceci est une de ces phrases creuses comme on en trouve trop dans les discours des orateurs du gouvernement : l'enflure des mots cache le vide de la pensée. Au conseil d'Etat, il ne fut pas dit un mot de publicité. Le premier projet de code ordonnait l'enregistrement de l'acte de célébration reçu à l'étranger, et cela à peine du double droit; de plus, il prescrivait la transcription sous peine d'une amende. Il n'y a plus de trace, dans le code, de l'enregistrement; la transcription est maintenue, mais sans la sanction de l'amende. Defermon demanda pourquoi la disposition de l'article 171 n'était pas sanctionnée par une peine. Réal répondit que la peine se trouvait dans les lois sur l'enregistrement. C'est une erreur; toutefois elle nous indique que, dans l'esprit du législateur, la formalité de la transcription ne devait avoir d'autre sanction qu'une amende (1). L'amende ayant été retranchée, il ne reste aucune sanction.

37. Quel est, en définitive, le but de la transcription ordonnée par l'article 171 ? A première vue, on est tenté de croire qu'elle est établie dans un intérêt de publicité. Mais pour peu que l'on y réfléchisse, on voit que la transcription sur les registres de l'état civil ne donne réellement aucune publicité au mariage célébré à l'étranger. Il est vrai que les registres de l'état civil sont publics; mais qui donc va consulter ces registres pour s'assurer si un mariage a été contracté à l'étranger? Si la transcription était prescrite pour donner de la publicité au mariage, il faut convenir que le législateur s'y serait mal pris pour atteindre ce but. Quel est le grand objet des actes de l'état civil? C'est de fournir une preuve authentique des faits qui concernent l'état des personnes. Quand un mariage est célébré à l'étranger, les époux, les enfants et toutes les parties intéressées devraient s'adresser à l'officier étranger pour obtenir une expédition de l'acte : de là des frais, des embarras, des lenteurs. Le législateur a donné aux époux, qui sont les principaux intéressés, un moyen facile de se

(1) Locré, *Législation civile*, t. II, p. 327 (séance du 4 vendémiaire an x, n° 23).

procurer une preuve, c'est la transcription de l'acte de célébration sur les registres de l'état civil (1). Ce qui prouve que tel est l'esprit de la loi, c'est que le code ordonne la même mesure dans tous les cas où un acte de l'état civil concernant les Français est reçu à l'étranger par des officiers français. Ainsi les actes de naissance reçus pendant un voyage de mer par le capitaine doivent être inscrits sur les registres de l'état civil du lieu où le père est domicilié (art. 59-61). Il en est de même des actes de décès (art. 86 et s.). Enfin l'acte de célébration de mariage, reçu à l'armée, en pays étranger, doit également être inscrit sur les registres en France, ainsi que les actes de décès (art. 95 et s.).

38. La transcription est donc une mesure d'ordre établie dans l'intérêt de tous ceux qui ont besoin d'un acte de l'état civil. Si elle n'est pas faite, qu'en résultera-t-il? Le mariage ne produira pas moins tous ses effets; car le mariage existe, indépendamment de l'acte qui le constate; à plus forte raison existe-t-il si l'acte n'a pas été transcrit. Il faut appliquer ce principe aux effets qui se rattachent à la publicité. Telle est l'hypothèque légale de la femme. La cour de cassation avait commencé par admettre la nullité de l'hypothèque, alors que la transcription de l'acte de mariage n'était pas faite; mais elle est revenue de sa jurisprudence, et la doctrine est d'accord pour enseigner que l'hypothèque de la femme est indépendante de la transcription (2). Nous n'insistons pas, parce que la question ne peut même plus se présenter en Belgique. D'après notre loi hypothécaire, les hypothèques légales doivent être inscrites pour avoir effet à l'égard des tiers. Cette publicité garantit les intérêts des tiers bien mieux que ne le fait la transcription de l'acte de mariage.

Faut-il conclure de là que le défaut de transcription ne produit jamais d'effet? M. Demolombe dit qu'il en résulte

(1) C'est l'opinion développée par M. Mourlon dans une dissertation sur la sanction de l'article 171 (*Revue de droit français et étranger*, 1844, t. Ier, p. 885).

(2) Voyez les auteurs et les arrêts cités par Dalloz, au mot *Priviléges et Hypothèques*, no 865.

une action en dommages-intérêts au profit des tiers qui ont ignoré le mariage (1). Cela est trop absolu, car cela suppose que la transcription est établie pour porter le mariage à la connaissance des tiers ; et, poussée à bout, cette doctrine aboutirait indirectement à priver le mariage des effets que la loi y attache à raison de sa publicité. Or, cette doctrine est inadmissible, d'après le texte et d'après l'esprit de la loi. Il peut cependant se présenter des cas où les tiers seraient induits en erreur par le défaut de transcription. La femme contracte, sans faire connaître qu'elle est mariée; le tiers, avant de donner son consentement, s'adresse à l'officier de l'état civil pour s'assurer qu'elle n'est pas mariée. Si l'acte de mariage n'est pas transcrit, il doit croire qu'il n'y a point de mariage. Il contracte donc dans l'ignorance du mariage et, de plus, dans l'ignorance des conventions matrimoniales. La femme peut-elle lui opposer sa qualité de femme mariée et son contrat de mariage? Il a été jugé que les tiers pouvaient se prévaloir du défaut de transcription (2). En effet, ils ont éprouvé un dommage par le fait et la faute des époux. La loi impose aux époux l'obligation de faire transcrire leur acte de mariage, dans le but de compléter les registres de l'état civil; or, ces registres intéressent les tiers aussi bien que les époux. Si donc, par la faute des époux, ils restent incomplets, et si cette omission a causé un préjudice aux tiers, il y a lieu d'appliquer le principe général de l'article 1382, aux termes duquel tout fait quelconque de l'homme qui cause un dommage à autrui, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer.

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. III, p. 354 et suiv., n° 229.
(2) Arrêt de Bordeaux du 14 mars 1850 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1853, 2, 179).

CHAPITRE V.

DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU MARIAGE.

SECTION I. — Du devoir d'éducation.

§ Ier. *De la nature de l'obligation.*

39. Aux termes de l'article 203, « les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. » L'éducation est physique et morale; la première est le moyen, la seconde est le but. Tout homme, par cela seul qu'il existe, a droit à être élevé. C'est un droit absolu et le plus considérable de tous les droits qui appartiennent aux êtres humains; pour mieux dire, l'éducation est le but suprême de l'homme, c'est la destinée qu'il doit accomplir en ce monde. Il y doit travailler à son salut, disent les théologiens; il y doit travailler au perfectionnement de ses facultés physiques, intellectuelles et morales, disent les philosophes. La formule diffère dans les termes, elle est identique au fond; seulement la formule philosophique précise mieux en quoi consiste le salut, c'est-à-dire quel est le dernier terme de la destinée de l'individu : c'est son perfectionnement. Tel est aussi le but de l'éducation. En ce sens, nous disons qu'elle est un droit absolu pour l'être humain.

Tout droit implique une obligation corrélative, sans laquelle il serait inefficace. Le droit à l'éducation surtout ne serait qu'un vain mot, s'il n'était pas sanctionné par une obligation qui le réalise. Elle commence avec l'existence. Qui veillera à l'éducation de l'enfant quand il vient de naître? Qui continuera ce travail sans fin, aussi longtemps que l'enfant ne peut pas lui-même diriger sa destinée? Le code répond, les époux : ils contractent, dit-il, cette obligation par le fait seul du mariage. Cela n'est pas exact.

Le devoir d'éducation incombe aux père et mère, et non aux époux comme tels ; il dérive de la paternité et non du mariage. Pourquoi l'enfant naît-il dans telle famille, de tel père, de telle mère? C'est un fait mystérieux, qui est le secret de Dieu. Tout ce que l'homme peut affirmer, c'est que celui qui devient père a par cela même charge d'âme ; il est tenu de veiller à l'éducation de l'enfant auquel il a donné le jour. Le mariage ne crée donc pas le devoir d'élever les enfants qui en naîtront, il le constate seulement en marquant avec certitude ceux auxquels ce devoir incombe ; ce sont les époux qui le remplissent, ce sont les père et mère qui le contractent.

40. A ce point de vue, il est incontestable que les enfants naturels ont droit à l'éducation aussi bien que les enfants légitimes. En théorie, il n'y a pas la moindre différence sous ce rapport entre l'enfant légitime et l'enfant naturel. Celui-ci n'a-t-il pas ses facultés aussi bien que l'autre? n'a-t-il pas la même mission, celle de se perfectionner? ne faut-il pas, par conséquent, que quelqu'un dirige son éducation, tant qu'il ne peut pas le faire lui-même? Inutile d'insister : la voix de la nature crie que le père a charge d'âme par cela seul qu'il est père. Mais, au point de vue légal, la différence est grande entre l'enfant naturel et l'enfant légitime. Dans notre droit, la filiation naturelle résulte de la reconnaissance, laquelle, en général, est volontaire. L'enfant ne peut pas rechercher son père ; il peut forcer sa mère à le reconnaître, mais sous des conditions rigoureuses qui supposent un aveu volontaire, résultant d'un commencement de preuve par écrit (art. 340, 341). Si l'enfant naturel n'est pas reconnu, il n'a légalement ni père ni mère. Qui donc sera chargé de son éducation? La société doit y veiller, c'est son premier devoir ; elle n'y veille en réalité que si l'enfant est confié à la charité publique. Notre législation est on ne peut pas plus défectueuse en ce qui concerne les enfants naturels. Nous allons voir qu'alors même qu'ils sont reconnus, il n'y a point de texte formel qui impose le devoir d'éducation à leurs père et mère.

Les auteurs enseignent comme une chose certaine que

les père et mère sont tenus de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants naturels, fussent-ils adultérins ou incestueux. Sans doute la nature leur impose ce devoir (1). Mais qui ne sait qu'il ne suffit point qu'un devoir soit un devoir moral pour produire une obligation juridique? Les obligations naissent des contrats, des quasi-contrats, des délits, des quasi-délits et de la loi. Il ne peut être question ni de délit ni de quasi-délit, ni de contrat ni de quasi-contrat, quand il s'agit du devoir d'éducation. Reste la loi. Y a-t-il une loi qui impose aux parents naturels le devoir d'éducation? On en chercherait vainement. Il n'y a qu'un seul article du code qui traite du devoir d'éducation, c'est l'article 203, et il le fait dériver du mariage. On ne peut donc pas même l'invoquer par analogie au profit des enfants naturels. Il y a une disposition qui s'oppose à toute argumentation analogique en cette matière : « L'enfant naturel reconnu, dit l'article 338, ne pourra réclamer les droits d'enfant légitime. » Quels sont donc les droits que la loi leur accorde? L'article 338 répond qu'ils sont réglés au titre des Successions. Mais ce titre ne parle que du droit de l'enfant naturel sur les biens de ses père et mère décédés. En induira-t-on, par voie de conséquence, le droit d'éducation? La cour de Bruxelles l'a fait. « Par cela même, dit-elle, que le code oblige les parents d'un enfant naturel reconnu à lui laisser à leur décès, sur leurs biens, des moyens d'existence, il leur impose implicitement le devoir, de leur vivant, de le nourrir, de l'entretenir et de l'élever; car il serait inutile d'assurer à l'enfant des moyens d'existence au décès de ses père et mère, s'ils pouvaient, de leur vivant, lui refuser impunément les aliments nécessaires pour lui conserver la vie (2). » L'argument a une valeur morale plutôt que juridique. Quand il s'agit d'aliments proprement dits, on peut, à la rigueur, prendre appui sur les dispositions du code qui accordent une réserve à l'enfant naturel; mais le droit de réserve même est contesté. Et il s'agit, pour le moment, du devoir d'éducation;

(1) Duranton, t. II, p. 351, n° 377. Demolombe, t. IV, p. 16, n° 16.
(2) Arrêt du 10 juillet 1850 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1852, 2, 155).

celui-là n'a rien de commun ni avec le droit d'hérédité, ni avec la réserve; les enfants légitimes ont une réserve contre leurs ascendants, ils n'ont pas le droit d'éducation contre eux. M. Demolombe invoque les articles 762-764, qui assurent des *aliments* aux enfants adultérins et incestueux. Mais, nous le répétons, il n'est pas question de l'obligation alimentaire, il est question du devoir d'éducation. En définitive, il n'y a point de texte, et sans texte, peut-on dire, pas d'obligation. Cependant il est certain que le code civil suppose que les père et mère naturels ont le devoir d'éducation. En effet, il leur accorde la puissance paternelle; or, dans notre droit, cette puissance n'est autre chose qu'un moyen donné aux parents pour remplir leur devoir d'éducation (art. 383). Si le père naturel a le devoir d'éducation, l'enfant naturel doit avoir le droit d'être élevé par celui qui l'a reconnu. C'est donc par oubli que le législateur n'a pas formulé ce droit d'une manière expresse. Toujours est-il qu'il n'y a pas de loi.

41. Ce n'est pas la seule lacune qui existe en cette matière. Le devoir d'éducation comprend, d'après l'article 203, les aliments proprement dits, c'est-à-dire l'obligation de nourrir et d'entretenir les enfants, et, de plus, l'obligation de les élever. Cette dernière est certes la plus importante. Le code se borne à poser un principe, mais il a négligé de l'organiser. Il en résulte qu'au point de vue juridique, le principe reste une lettre morte. Les père et mère ont l'obligation d'élever leurs enfants. Mais s'ils ne le font pas? s'ils laissent croupir leurs enfants dans l'ignorance et dans le vice? s'ils ne remplissent pas l'obligation que la nature et la loi leur imposent, où sera la sanction du devoir et du droit? La société aussi a un devoir à remplir. Car quel est son but, sinon de venir en aide aux hommes dans l'œuvre de leur perfectionnement? Et qui a plus de droit à cette assistance que les enfants auxquels leur âge ne permet pas de veiller eux-mêmes à leur destinée? Que l'on n'oppose pas la puissance paternelle. Dans notre droit, cette puissance n'est autre chose qu'un devoir, et ce devoir consiste précisément à élever les enfants; invoquera-t-on le devoir en faveur de ceux qui négligent

de le remplir? Le droit de la société d'intervenir quand les parents violent le plus sacré, le plus impérieux des devoirs, nous paraît incontestable. Toujours est-il qu'en France et en Belgique, l'Etat ne prend aucun souci des enfants que leurs parents élèvent dans l'ignorance et dans le vice.

Ce n'est pas tout. Le code les oblige à élever leurs enfants. Laissons la société de côté, et voyons si le devoir d'éducation, considéré comme devoir privé, a au moins une sanction quelconque. Oui, dit-on, car il est de l'essence de toute obligation d'être susceptible d'une exécution forcée; donc tout droit engendre nécessairement une action. Rien de plus vrai; cela est élémentaire. Mais qui aura cette action? L'enfant agira-t-il contre ses père et mère? D'abord il ne le pourrait pas tant qu'il est mineur, puisque, pendant sa minorité, il n'a pas l'exercice de ses droits civils; c'est le père qui les exerce en son nom. Or, dans l'espèce, le père est tout ensemble débiteur et créancier, si l'on peut se servir de ces mots en matière d'état : c'est dire qu'il y a une lacune, et que le législateur aurait dû intervenir entre le père et l'enfant, quand le père manque à ses devoirs. Si l'enfant est majeur, il peut agir contre son père, mais que demandera-t-il? Une éducation conforme à la fortune de son père? Le père lui répondra qu'il est libre, bien que millionnaire, de faire de son fils un charpentier. Il y a de nouveau une lacune dans le code; il oblige les parents à élever leurs enfants, mais il ne définit pas cette obligation, et par cela même, il paraît leur donner un pouvoir absolu, dont ils usent comme ils veulent et sans contrôle aucun.

Accordera-t-on une action à la mère? Dans l'ancien droit, on décidait que le père, comme chef de la société maritale, avait le droit de donner à ses enfants telle éducation qu'il voulait; on ne permettait pas à la mère de s'y opposer, sauf dans le cas où le père blesserait la décence et les bonnes mœurs (1). On le voit, le pouvoir absolu du père était la règle; quant à l'intervention de la mère, c'était un droit dérisoire. Et ce droit, on ne pourrait pas même le

(1) *Nouveau Denisart*, t. VII, au mot *Education*, n° 3.

lui reconnaître sous l'empire de notre code. Vainement dit-on que les époux contractent *ensemble* l'obligation d'élever leurs enfants, comme le dit l'article 203. Induire de là que la mère remplit les fonctions d'un subrogé tuteur (1), cela n'est pas sérieux : la femme, qui doit respect et obéissance à son mari, serait le surveillant de son mari? La loi dit, dans l'article 203, que le devoir d'éducation incombe à la mère aussi bien qu'au père; c'est une conséquence du principe que la mère a la puissance paternelle (art. 371, 372). Mais la loi ajoute immédiatement que le père seul exerce cette autorité durant le mariage; or, l'autorité que la loi donne au père n'est autre chose que le pouvoir d'éducation. Le code consacre donc le pouvoir absolu du père, sans reproduire l'exception que l'ancien droit admettait en faveur de la mère.

Si la mère est sans action, à plus forte raison le conseil de famille ne peut-il pas intervenir. La loi ne donne pas même au conseil de famille le droit de régler l'éducation du mineur quand il a un tuteur; sa seule mission est de fixer la somme que le tuteur peut dépenser pour l'éducation du mineur (art. 454); à plus forte raison est-il sans qualité pour limiter le pouvoir du père. M. Demolombe enseigne le contraire; mais si on lui demande un texte, il répond en citant l'article 511, et cet article parle de l'interdit! Décidément cela n'est pas sérieux.

L'ancien droit donnait action au ministère public. Si, dit Pothier, il se trouvait des père et mère assez dénaturés pour manquer au devoir que la loi et la nature leur imposent, le ministère public pourrait les poursuivre, sur la dénonciation des parents, pour faire ordonner par le juge ce qu'il estimerait convenable d'ordonner (2). Le ministère public pourrait-il encore exercer ce droit sous l'empire du code? Il y a des auteurs qui lui reconnaissent ce droit; d'autres le lui refusent (3). On peut invoquer pour le ministère public l'article 46 de la loi de 1810, aux termes duquel « il poursuit d'office l'exécution des lois, dans les

(1) C'est ce que dit M. Demolombe, t. IV, p. 8, n° 9.
(2) Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 384.
(3) Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 367. Demolombe, t. IV, p. 8, n° 9.

dispositions qui intéressent l'*ordre public.* » Certes, s'il y a une loi d'ordre public, c'est celle qui concerne l'éducation des générations naissantes. Mais le sens de la loi de 1810 est l'objet d'une vive controverse, et quand même on admettrait qu'elle donne au ministère public le droit d'agir d'office en matière d'ordre public, il serait très-douteux que ce droit lui appartînt quand il s'agit de limiter la puissance paternelle! Vainement saisirait-il les tribunaux; le juge même serait sans qualité. Nous reviendrons sur ce point au titre de la *Puissance paternelle.*

La jurisprudence est presque muette sur la question que nous agitons. Nous ne trouvons qu'un seul arrêt sur la matière. Un jeune homme avait commencé des études en médecine, de l'aveu et même par le conseil de son père. Devenu malade, il fut empêché de les continuer; quand il voulut les reprendre, son père refusa l'argent nécessaire. La cour de Bordeaux décida que l'enfant avait action contre son père pour l'obliger à supporter les frais de son instruction. « Si, dit-elle, on avait égard au refus du père pour l'affranchir d'obligations qu'il s'est volontairement imposées, on ferait dépendre l'existence morale du fils d'un changement de volonté non motivé. » L'arrêtiste avoue que cette décision, bien que fondée en raison et en équité, ne lui paraît pas légale (1). En effet, le père ne pouvait-il pas répondre qu'il n'avait pas besoin de motiver son changement de volonté, que c'était à lui de décider si son fils devait étudier la médecine ou non. L'arrêt de Bordeaux conduit à cette singulière doctrine qu'en cas de dissentiment entre le père et le fils, c'est au tribunal à ordonner que le fils étudiera le droit ou la médecine. C'est limiter un pouvoir que la loi ne limite pas. Nous ne disons pas que la loi a raison; c'est, au contraire, pour constater qu'il y a lacune que nous avons insisté sur cette question.

42. Il n'y a qu'un seul cas dans lequel la loi définit le devoir d'éducation. Quand le père a l'usufruit légal, il doit élever les enfants *selon leur fortune* (art. 385). Cette disposition exceptionnelle confirme la règle. Si l'enfant n'a

(1) Arrêt du 6 juillet 1832 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 611).

pas de biens, quelque riche que soit le père, il peut lui donner l'éducation d'artisan, si tel est son bon plaisir. Ceci est le moindre inconvénient qui résulte du pouvoir absolu du père. L'éducation est le développement des facultés de l'homme; si ses facultés l'appellent à être charpentier, mieux vaut qu'il devienne un bon artisan qu'un mauvais avocat, ou ce qui est pire encore, un oisif. Mais le père aura-t-il aussi ce pouvoir absolu quand il s'agit de l'éducation religieuse de l'enfant? Libre penseur, peut-il l'élever en dehors de tout culte? Sincère catholique, peut-il faire un moine de celui que Dieu avait destiné à devenir un philosophe? Nous reviendrons sur ces questions au titre de la *Puissance paternelle*.

Il y a une dernière hypothèse. Le père peut ne pas remplir le devoir que la loi lui impose; il peut refuser à son enfant les soins matériels dont il a besoin, il peut lui refuser la nourriture de l'âme. Les tribunaux pourront-ils priver ce père indigne du pouvoir d'éducation? Merlin dit que cela est sans exemple. Lui-même cite cependant quelques arrêts des anciens parlements qui l'ont fait. Le parlement de Toulouse maintint le droit d'éducation à un père qui, marié quatre fois, n'avait rien voulu donner à son fils du premier lit pour le sustenter dans une grande maladie, et n'avait pas même daigné l'aller voir : la cour le préféra néanmoins, pour l'éducation, à l'aïeule maternelle. Cette décision est, pour ainsi dire, la critique et la censure du droit absolu que la loi reconnaît au père. Il y a d'autres arrêts du parlement de Toulouse qui enlevèrent au père le pouvoir d'éducation, à cause des mauvais traitements dont les enfants étaient l'objet dans la maison paternelle. Dans tous ces cas, il s'agissait d'un père remarié. Il est donc vrai qu'il n'y a pas d'exemple que des parents aient été privés du droit que la loi leur accorde d'élever leurs enfants (1). Dans le droit moderne, on devrait, à plus forte raison, le décider ainsi; car nos tribunaux n'ont plus la puissance presque discrétionnaire dont jouissaient les anciens parlements. La seule question que l'on pourrait soulever est celle de savoir

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Education*, § 1, n° 4 (t. IX, p. 435 et suiv.).

si le droit d'éducation subsisterait, alors que le père serait privé de la puissance paternelle par sentence judiciaire. Nous y reviendrons. En tous cas, nous signalons une lacune, et nous n'entendons pas approuver le pouvoir absolu du père. Ce pouvoir absolu est un non-sens juridique. Il y a un droit absolu, c'est celui de l'enfant à être élevé; le père a le devoir de veiller à cette éducation; comment un *devoir* se transformerait-il en pouvoir absolu?

§ II. *Des frais d'éducation.*

43. L'article 203 dit que les époux contractent *ensemble*, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. Il résulte du mot *ensemble* que le devoir d'éducation, et par suite les frais qu'il nécessite, sont imposés à chacun des époux. A ce titre, les dépenses d'éducation et d'entretien figurent parmi les dettes qui entrent dans le passif de la communauté légale (art. 1409, n° 5). Quand les époux sont mariés sous le régime exclusif de communauté ou sous le régime dotal, c'est le mari qui supporte toutes les charges du mariage et par suite les frais d'éducation; la femme y contribue alors par les revenus de ses biens dotaux (art. 1530, 1540, 1549). S'il y a séparation de biens, c'est encore le mari qui paye les frais d'éducation, mais la femme y contribue proportionnellement à ses facultés quand la séparation est judiciaire (art. 1448), et pour un tiers de ses revenus quand la séparation est contractuelle (art. 1537). Sous quelque régime que les époux soient mariés, si le mari n'a pas les moyens de pourvoir à l'éducation des enfants, la femme devra supporter ces frais, au besoin pour le tout. C'est ce que dit formellement l'article 1448, dans le cas de séparation judiciaire. Il en est de même sous les autres régimes; c'est une conséquence du principe posé par l'article 203.

En faut-il conclure que l'obligation d'éducation est solidaire, en ce sens que chacun des époux peut être poursuivi et doit être condamné pour le tout, sauf son recours contre son conjoint? D'après les principes qui régissent la so-

lidarité, la question ne souffre pas le moindre doute. Les dettes ne sont solidaires que dans deux cas : la solidarité est conventionnelle ou légale. Il ne peut pas s'agir de la solidarité conventionnelle, quoique la loi dise que les époux *contractent*, par le fait seul du mariage, l'obligation d'élever leurs enfants; le mot *contracter* n'implique pas ici un contrat proprement dit; et quand même on y verrait un contrat, il n'y aurait pas de solidarité conventionnelle, puisque l'article 1202 dit que la solidarité ne se présume point, qu'elle doit être expressément stipulée. Il y a ensuite la solidarité légale, qui a lieu en vertu d'une disposition de la loi. Il est de principe que la solidarité légale est de droit étroit; sans texte formel, il n'y a point de solidarité. Or, l'article 203 dit bien que les époux sont l'un et l'autre obligés d'élever leurs enfants, il ne dit pas qu'ils sont tenus solidairement des frais. Cela décide la question.

Cependant la jurisprudence admet la solidarité; c'est sans doute une conséquence de la fausse doctrine qui a longtemps prévalu sur la solidarité de l'obligation alimentaire. Nous avons vainement cherché des motifs dans les arrêts qui consacrent la solidarité pour les frais d'éducation; les arrêts condamnent les époux solidairement, comme si la solidarité était un axiome (1). A vrai dire, il règne une confusion étrange en cette matière ; les cours confondent la solidarité avec l'obligation qui incombe à chacun des époux, à titre égal, de contribuer aux frais d'éducation et même de les supporter pour le tout. La différence est cependant radicale, et elle est élémentaire. Si les époux étaient tenus solidairement, chacun d'eux pourrait toujours être poursuivi pour le tout et devrait être condamné pour le tout, sauf ensuite à exercer son recours contre son conjoint. Or, d'après les dispositions du code que nous venons de rappeler, il est certain que c'est le mari qui doit être actionné, puisque sous tous les régimes c'est lui qui supporte les frais d'éducation ; et il n'a aucun recours contre sa femme, celle-ci contribuant aux charges

(1) Arrêt de Nîmes du 26 juillet 1853 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1853, 2, 247).

du mariage en abandonnant au mari tous ses revenus ou une partie, selon les divers régimes. En principe, la femme ne peut donc pas être actionnée ; le créancier ne peut agir contre elle que si le mari n'a point de ressources suffisantes, et dans ce cas c'est elle qui supporte ces frais pour le tout, sans recours.

Nous disons qu'il y a confusion dans la jurisprudence. Il suffit d'examiner quelques arrêts pour s'en convaincre. La cour de Paris condamna une femme séparée de biens à payer les frais de pension de ses enfants, le mari étant en faillite. Elle fonde cette décision sur l'article 203, d'où résulte, dit-elle, que les époux sont tenus solidairement (1). Sans doute, la femme est tenue pour le tout; mais est-ce parce que la dette est solidaire? Non, c'est parce que le mari est insolvable, comme le dit formellement l'article 1448: « La femme séparée de biens doit supporter entièrement les frais d'éducation des enfants communs, *s'il ne reste rien au mari.* »

La cour de Paris accorda à une femme séparée de corps un recours contre son mari pour la part que celui-ci devait supporter dans les frais d'éducation des enfants communs. Il est dit dans l'arrêt que l'obligation établie par l'article 203 comporte la solidarité et les conséquences des recours qui s'y rattachent, au cas de payement de la dette commune par l'un des coobligés (2). Fallait-il recourir aux principes de la solidarité pour donner, dans l'espèce, un recours à la femme contre son mari? L'arrêt constate que la femme séparée de corps, en pourvoyant à l'éducation de ses enfants avec toute la sollicitude maternelle, n'entendait pas supporter seule les frais qu'elle entraîne ; elle payait donc pour le mari une dette qui incombait à celui-ci ; c'est dire qu'elle faisait les affaires de son mari ; par conséquent elle avait l'action de gestion d'affaires. Dès lors, il était inutile d'invoquer une prétendue solidarité qui n'existe point.

La cour de Paris a également décidé que l'obligation

(1) Arrêt du 13 juin 1836 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1961).
(2) Arrêt de Paris du 26 juillet 1862 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1862, 2, 112).

d'éducation est indivisible (1), sans donner aucun motif à l'appui de sa décision. C'est sans doute parce que l'éducation comprend les aliments; or, d'après une opinion qui a longtemps régné dans la jurisprudence, on considérait la dette alimentaire comme indivisible. Nous reviendrons sur la question.

44. Le père paye les frais d'éducation. Mais est-ce aussi lui qui les supporte en définitive, ou est-ce l'enfant, quand celui-ci a des biens personnels? Si le père a l'usufruit de ses biens, c'est lui qui doit pourvoir à la nourriture, à l'entretien et à l'éducation des enfants. C'est une charge que la loi impose à sa jouissance; elle la proportionne aux revenus dont il jouit : « selon leur fortune, » dit l'article 385. Il n'y a pas lieu, dans ce cas, à faire contribuer le conjoint. Mais l'usufruit légal ne dure que jusqu'à dix-huit ans; les dépenses faites à partir de ce moment rentrent dans le droit commun. L'enfant peut avoir des biens personnels dont le père n'a pas l'usufruit (art. 387); il se peut aussi que le père soit déchu de sa jouissance, pour n'avoir pas fait inventaire, en cas de survie (art. 1442). Dans ces divers cas, naît la question de savoir si le père administrateur peut porter en compte les dépenses qu'il a faites pour l'éducation de ses enfants. La doctrine et la jurisprudence décident que c'est l'enfant qui doit supporter ces frais (2). Cette opinion se fonde sur l'analogie qui existe entre la dette alimentaire et le devoir d'éducation : le père ne doit les aliments que lorsque l'enfant n'a pas de biens. Or, l'éducation comprend les aliments ; pourquoi l'enfant mineur ne supporterait-il pas les dépenses que nécessite son entretien, alors que, devenu majeur, il doit les supporter? Il n'y a évidemment pas de raison pour faire une différence entre le mineur et le majeur. Que si les *aliments* sont à charge de l'enfant qui a une fortune personnelle, pourquoi les *frais d'éducation* ne seraient-ils pas à sa charge? Le principe est le même; c'est un motif de justice qui met les frais à charge de celui dans l'intérêt duquel

(1) Arrêt du 3 juillet 1842 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 3137).
(2) Duranton, t. II, p. 380, n° 417. Demolombe, t. IV, p. 13, n° 13. Dalloz, au mot *Mariage*, n° 613.

ils sont faits ; ce motif s'applique à l'éducation proprement dite aussi bien qu'aux aliments. On pourrait objecter le texte de l'article 203, qui décide en termes généraux que les époux sont obligés de nourrir, d'entretenir et d'élever leurs enfants ; la loi n'ajoute pas : *en cas de besoin* des enfants, comme elle le fait en imposant l'obligation alimentaire aux enfants et aux ascendants (art. 205 et 207). Mais la différence de rédaction s'explique. L'article 203 parle d'enfants qui ont leurs père et mère ; il est bien rare qu'ils aient des biens personnels pendant leur minorité, alors qu'il s'agit de faire leur éducation ; la loi n'a donc prévu que le cas général. Tandis que les majeurs, quand leur éducation est achevée, doivent trouver des ressources dans leur travail ; la loi devait donc dire qu'ils ne peuvent réclamer d'aliments que s'ils sont dans le besoin.

§ III. *De la dot.*

45. L'article 204 porte que « l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage ou autrement. » Cette disposition déroge au droit romain qui régissait les provinces de droit écrit de l'ancienne France ; le père était forcé de doter ses enfants. Dans les pays de droit coutumier, au contraire, l'enfant n'avait pas d'action contre son père pour obtenir un établissement par mariage. Lors de la discussion du code au conseil d'Etat, on agita longuement la question de savoir quels étaient les vrais motifs de la législation romaine. Nous n'entrerons pas dans ce débat, qui n'a qu'un intérêt historique. Pothier nous dira les raisons pour lesquelles les coutumes refusaient toute action à l'enfant ; ce sont ces raisons qui l'ont emporté sur l'autorité du droit romain. Pothier avoue que l'obligation de doter les enfants est une dette naturelle, mais la loi ne sanctionne pas cette dette par une action. Elle présume assez de l'affection que la nature inspire aux pères et mères pour leurs enfants, pour croire que s'ils ne les dotent pas, c'est qu'ils n'ont pas le moyen de le faire d'une manière convenable. La loi juge qu'il

serait contre le respect que l'enfant doit à ses père et mère qu'il puisse les traduire en justice et les obliger à y découvrir le secret de leurs affaires, pour connaître s'ils ont ou non le moyen de donner une dot. Il peut, à la vérité, se rencontrer des père et mère qui refusent de remplir ce devoir naturel sans raison suffisante; mais c'est un cas rare, et un moindre mal, qu'il faut tolérer pour en éviter un plus grand (1).

SECTION II. — De l'obligation alimentaire.

§ Ier. *Principes généraux.*

46. Le mots *aliments* a un sens technique en droit; il comprend non-seulement la nourriture, mais tout ce qui est nécessaire à la vie, le vêtement, le logement; il faut y ajouter une dépense accidentelle, les frais de maladie. Cette signification spéciale résulte du texte même du code. Aux termes de l'article 210, celui qui est obligé de fournir les aliments est tenu de recevoir dans sa demeure, de nourrir et d'entretenir celui auquel il les doit. L'article 203 se sert des mêmes expressions : « nourrir, entretenir. »

Il ne faut pas confondre le devoir d'éducation avec l'obligation alimentaire. Les aliments sont compris dans le devoir d'éducation, mais c'est l'accessoire, le devoir principal consistant à élever l'enfant, c'est-à-dire à développer ses facultés intellectuelles et morales; tandis que l'obligation alimentaire ne se rapporte qu'aux besoins physiques de celui qui y a droit. Le devoir d'éducation incombe aux père et mère; s'ils décèdent pendant la minorité de leurs enfants, ce devoir passe au tuteur; il n'est pas imposé aux ascendants, comme tels, et encore moins à des alliés. Il n'en est pas de même de l'obligation alimentaire; la loi l'impose aux ascendants, elle l'étend aux gendres et aux belles-filles, au beau-père et à la belle-mère; les conjoints, avant tout, se doivent secours et assistance. Cela implique

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, n° 646.

que le principe sur lequel les deux obligations sont fondées est différent. Le devoir d'éducation dérive du fait de la paternité : le père seul a charge d'âmes. L'obligation alimentaire a pour fondement les liens du sang et de l'alliance qui imite la parenté. Ce sont les parents et les alliés les plus proches de la ligne ascendante et de la ligne descendante qui se doivent des aliments. Dans la ligne collatérale, il n'y pas lieu à l'obligation alimentaire.

Le devoir d'éducation a ses limites tracées par la nature; non pas que l'éducation de l'homme soit jamais achevée, son existence tout entière n'a d'autre objet que le développement de ses facultés intellectuelles et morales. Mais il arrive un âge où l'homme peut et doit lui-même diriger sa destinée en travaillant à son perfectionnement; alors le devoir d'éducation des parents cesse. L'obligation alimentaire n'a pas de limite certaine, elle naît avec les besoins de celui qui y a droit et ne finit qu'avec ces besoins. Il se peut que les besoins durent pendant toute la vie de celui qui réclame les aliments, quand, à raison de son incapacité physique ou intellectuelle, il ne peut pas lui-même pourvoir à sa subsistance. En général, quand l'éducation est achevée, l'enfant devenu homme est en état de gagner sa vie; mais cela n'est vrai qu'avec une restriction; dans toutes les carrières, et surtout dans les professions dites libérales, il faut un stage plus ou moins long pour acquérir une clientèle. On peut donc dire que l'obligation alimentaire commence quand le devoir d'éducation cesse. Cette obligation est réciproque (art. 207, 212). Il est évident qu'il ne peut être question de réciprocité pour le devoir d'éducation.

47. Pourquoi la loi impose-t-elle l'obligation alimentaire aux parents et alliés les plus proches? Au point de vue moral et religieux, les hommes sont tous frères, et tous se doivent secours et assistance. Mais ce devoir de charité est un de ceux que nous appelons imparfaits, parce qu'ils n'ont pas et qu'ils ne peuvent pas même avoir de sanction. La charité cesserait d'être une vertu du moment qu'elle serait commandée par la loi. Ce n'est que par exception qu'elle devient une dette civile. Entre conjoints

et entre parents et alliés dans la ligne directe, il y a obligation civile de se fournir les aliments nécessaires à la vie. On suppose que celui qui les réclame en a besoin pour vivre; dès lors il a un droit moral à les demander. C'est la société qui, en général, organise l'assistance au profit des malheureux qui, par des causes quelconques, ne peuvent se procurer par leur travail les choses nécessaires à la vie. Mais cette obligation pèse avant tout sur les parents les plus proches ; c'est le cri de la conscience qui nous dit que le conjoint doit les aliments à son conjoint; que les enfants ne peuvent pas laisser leurs ascendants dans un dénûment qui ne leur permettrait pas de vivre; et les ascendants pourraient-ils abandonner à la charité publique ceux auxquels ils ont donné le jour? Refuser les aliments, c'est donner la mort, disent les jurisconsultes romains. Ceux qui reçoivent la vie et ceux qui la transmettent sont par cela même obligés de la conserver. La loi étend cette obligation aux alliés, à raison du lien intime que l'alliance crée dans la ligne directe; ce lien imite la parenté jusque dans le langage; de là ces belles expressions de beau-père, belle-mère, beau-fils, belle-fille. Mais le lien du sang, et à plus forte raison celui de l'alliance, ne suffiraient pas pour engendrer par eux-mêmes une obligation civile. La loi seule peut attacher une sanction aux devoirs moraux; un devoir moral, quelque impérieux qu'on le suppose, ne produit pas d'action; il reste à l'état d'obligation naturelle, quand il est de nature à pouvoir devenir une obligation civile, mais que le législateur, par des raisons quelconques, ne l'a pas muni d'une action. Il ne suffit donc pas de se fonder sur un devoir moral pour en induire l'obligation alimentaire; il ne suffit pas même que ce devoir moral soit une obligation naturelle, il faut que le législateur l'ait sanctionné en accordant une action. Pas de texte, pas d'obligation alimentaire, et l'obligation, quand le législateur l'a consacrée, n'existe que dans les limites définies par la loi; on ne peut pas plus étendre l'obligation alimentaire par des considérations morales qu'on ne peut la créer en invoquant un devoir moral.

48. La dette alimentaire est une dette essentiellement

personnelle, c'est-à-dire que ceux auxquels la loi l'impose peuvent seuls être contraints à l'acquitter; elle est attachée à la personne du débiteur et s'éteint par conséquent avec sa vie. Ce principe est fondé sur l'essence de l'obligation alimentaire. Il y a des dettes, dit l'article 1122, qui, par leur nature même, ne passent pas aux héritiers. La loi ne définit pas les caractères des dettes personnelles. Il faut donc recourir à la doctrine. Une dette est personnelle quand celui qui en est tenu ne l'est que par des motifs fondés sur un devoir qu'il a à remplir, à raison d'un lien qui l'unit à celui qui réclame l'accomplissement de ce devoir, si le lien est formé par la parenté, par le sang; un pareil lien est intransmissible de sa nature, et par conséquent la dette qui en dérive ne saurait passer aux héritiers. Telle est l'obligation alimentaire. Elle incombe aux plus proches parents, à raison des liens du sang et de l'affection qu'ils supposent, ou à raison du lien d'alliance qui imite la parenté. Dès lors on ne conçoit pas qu'elle passe aux héritiers. Celui qui en est tenu la remplit tant qu'il vit; à sa mort, elle s'éteint avec sa personne; son héritier ne peut pas être forcé à la remplir, parce qu'il n'est pas du nombre des parents que la loi charge de cette dette. Comment une dette de sang et d'affection deviendrait-elle la dette de celui qui n'a ni ce sang ni cette affection!

Cette question est cependant très-controversée. L'opinion contraire à celle que nous venons d'émettre est plus généralement suivie; mais les auteurs qui l'adoptent ne sont point d'accord entre eux. Les uns disent que la dette alimentaire ne se transmet que lorsqu'elle a été établie par un jugement; les autres se contentent de la demande formée en justice; il y en a qui admettent la transmission dès que le besoin est né; il y en a qui vont plus loin, et décident que les héritiers sont tenus, alors même que le besoin n'était pas né du vivant de leur auteur (1). Dalloz est le premier qui ait soutenu la personnalité de la dette alimentaire (2). M. Demolombe a donné de nouveaux dé-

(1) Voyez les auteurs cités par Dalloz, au mot *Mariage*, n° 652.
(2) Dalloz, *Recueil périodique*, 1833, 2, 48, note.

veloppements à cette opinion (1), et la jurisprudence a fini par la consacrer.

Ce qui donne un grand poids à cette opinion, c'est que les jurisconsultes romains l'enseignaient. Fondée sur un devoir de piété, dit Ulpien, la dette alimentaire ne passe pas aux héritiers. Il admet cependant une exception pour le cas où le père serait réduit à une extrême pauvreté (2). On conçoit cette réserve dictée par l'équité sous l'empire d'un droit coutumier ; quand les jurisconsultes font le droit, ils peuvent aussi le modifier. Mais il faut se garder de se prévaloir de l'équité sous l'empire d'une législation écrite ; si l'interprète l'écoutait, il se mettrait au-dessus de la loi comme au-dessus des principes. C'est ce qui est arrivé pour l'obligation alimentaire. Dans l'ancien droit, Lebrun avouait que la dette était personnelle, comme étant fondée sur un devoir de piété ; mais l'équité l'entraîna à recommander l'opinion contraire, quoique moins régulière (3). C'est aussi sous l'influence de ce sentiment d'équité que la jurisprudence s'est prononcée d'abord pour la transmission de l'obligation alimentaire (4). M. Demolombe, tout en combattant cette doctrine, reconnaissait que l'opinion plus sévère, mais plus juridique, ne comptait pas de partisans. Il ne faut jamais désespérer quand on a pour soi les vrais principes ; maintenons-les, au besoin, contre les tribunaux, la vérité finira par triompher. C'est ce qui est arrivé pour la question que nous débattons. La cour d'Orléans, dans un arrêt fortement motivé, décida que la dette, personnelle de son essence, ne pouvait par cela même se transmettre à des étrangers ; et la cour de cassation confirma cette décision par un arrêt de rejet (5).

Nous avons dit en quel sens la dette est personnelle ; elle l'est, comme le dit la cour d'Orléans, parce qu'elle a

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 40, n° 40, suivi par Vergé et Massé, traduction de Zachariæ, t. Ier, p. 222, note 10.
(2) L. 5, § 17, D., *de agnoscendis et alendis liberis* (XXV, 3).
(3) Lebrun, *des Successions*, livre I, chapitre V, section VIII, n°s 32 et 33.
(4) Voyez les arrêts dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 652 (t. XXXI, p. 340).
(5) Arrêt d'Orléans du 24 novembre 1855 (Dalloz, 1856, 2, 260). Arrêt de la cour de cassation du 8 juillet 1857 (Dalloz, 1857, 1, 352). Voyez, dans le même sens, un arrêt de Toulouse du 22 mars 1866 (Dalloz, 1866, 5, 22).

son principe non pas seulement dans la parenté et l'alliance, mais exclusivement dans le degré de parenté et d'alliance, degré qui bien évidemment n'est pas transmissible. La dette alimentaire est encore personnelle en ce sens que le débiteur est tenu en proportion de ses facultés. Comment estimera-t-on les facultés de l'héritier? Si on le considère comme débiteur, il faudra décider qu'il payera une pension alimentaire proportionnée à sa fortune; il pourrait donc être tenu plus fortement que ne l'était le défunt, ce qui est une vraie hérésie en droit. Dira-t-on que l'hérédité est chargée de la dette, et que par suite le montant de la pension sera en rapport avec l'actif héréditaire? Ce serait une autre hérésie, car les dettes se divisent de plein droit entre les héritiers; ce n'est donc pas l'hérédité qui est débitrice, ce sont les héritiers qui doivent la dette alimentaire. Ainsi la difficulté revient, et elle est insoluble dans l'opinion qui a été longtemps générale.

49. La dette alimentaire a un caractère tout particulier qui la distingue des obligations en général. Celles-ci sont fixes, invariables, tandis que la dette alimentaire est essentiellement variable. L'article 208 dit que les aliments sont accordés dans la proportion du besoin de celui qui les réclame. Or, les besoins changent avec l'âge, la santé; ils changent avec l'état de fortune. Il y a un besoin absolu, il y a un besoin relatif. Le besoin absolu lui-même varie d'un individu à l'autre. Il faut peu pour vivre, dit un poëte anglais, et ce peu, il ne le faut pas longtemps. Toujours est-il que les nécessités de la vie diffèrent d'après les classes sociales. Il en est surtout ainsi des besoins relatifs (1).

La dette alimentaire est encore variable sous un autre rapport. Aux termes de l'article 208, les aliments sont accordés eu égard à la fortune de celui qui les doit. Voilà encore une singulière exception aux principes généraux. Quand un débiteur s'oblige, il s'oblige indéfiniment; peu importe qu'il ait des biens suffisants pour remplir ses obligations; il reste tenu tant qu'il ne les a pas acquittées.

(1) Portalis, Exposé des motifs, n° 60 (Locré, t. II, p. 396).

Jamais il ne peut demander la réduction de ses engagements, en alléguant une diminution de fortune. Tandis que celui qui doit des aliments est plus ou moins tenu, selon les biens qu'il possède. Son obligation augmente quand sa fortune s'accroît; elle diminue quand il éprouve des pertes.

50. Ces différences s'expliquent par la nature de la dette alimentaire; elle a un caractère moral, elle est fondée sur l'affection née des liens du sang. Elle a encore un autre caractère qui tient à la même cause. La dette alimentaire est d'ordre public, en ce sens que le législateur l'impose par des raisons d'humanité, de piété. De là suit que l'on doit appliquer aux aliments la disposition de l'article 6, qui défend de déroger par des conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. Ceux auxquels la loi accorde un droit aux aliments n'y peuvent donc pas renoncer (1). Ce serait renoncer à la vie, et l'homme n'a pas ce droit, ou ce serait décharger les parents d'une dette pour la mettre à la charge de la société, ce que l'individu ne peut pas faire.

Il résulte de ce principe des conséquences très-importantes qui établissent une nouvelle différence entre la dette alimentaire et les autres obligations. Les conventions, dit l'article 1134, tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites; elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel. Cette règle ne s'applique pas à la dette alimentaire; quand même elle serait fixée par une convention, elle resterait assujettie aux fluctuations qui naissent des besoins de celui qui réclame les aliments et de la fortune de celui qui les doit. Ce qui aurait été réglé aujourd'hui peut être défait demain (2). Par la même raison, les jugements qui fixent la quotité d'une pension alimentaire n'ont pas l'autorité de chose jugée; le demandeur peut intenter une action nouvelle, pour le même objet, la même cause, contre le même défendeur, sans qu'on puisse le repousser par l'exception de chose jugée; le premier juge n'ayant pas entendu décider la question d'une manière irrévocable, le

(1) Arrêt de Bordeaux du 26 juillet 1855 (Dalloz, 1859, 5, 24).
(2) Arrêt de Pau du 8 janvier 1838 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 720).

jugement ne peut avoir plus d'effet que les conventions (1).

51. Les principes que nous venons d'exposer ne concernent que la dette alimentaire établie par la loi à charge des plus proches parents ou alliés, et fondée sur les besoins de celui qui réclame des aliments. Il y a des pensions alimentaires qui ont une autre cause, la libéralité de celui qui les promet, ou une transaction. Ces conventions peuvent intervenir entre les personnes qui se doivent des aliments, entre ascendants et descendants. Il faut, en ce cas, bien distinguer la cause qui les a fait établir. Est-ce le besoin de celui à qui ils sont promis, on applique les principes qui régissent la dette alimentaire. Est-ce toute autre cause, on rentre dans les principes généraux sur les obligations. Un père constitue une pension à sa fille, à titre de dot. Cette convention est irrévocable ; ni le débiteur ni le créancier n'en pourraient demander la révocation ou la modification ; et les jugements qui interviendraient auraient certes l'autorité de chose jugée. Il en serait de même d'une pension alimentaire stipulée par la femme comme condition de sa renonciation à la communauté (2).

§ II. *Qui doit les aliments?*

N° 1. DES CONJOINTS.

52. L'article 212 dit que les époux se doivent mutuellement secours, assistance, et l'article 214 ajoute que le mari doit fournir à la femme tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie, selon ses facultés et son état. De là résulte l'obligation pour les époux de se fournir des aliments. C'est régulièrement le mari qui les fournit ; la femme, tout en les recevant comme créancière, y contribue selon les divers régimes. Mais si le mari n'avait pas les moyens

(1) Arrêt de Paris du 1er décembre 1832 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 714, 1°).

(2) Arrêt de Liége du 20 janvier 1841 (*Pasicrisie*, 1841, 2, 202). Arrêt de Bruxelles du 14 août 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 224). Comparez Dalloz, au mot *Mariage*, n° 724.

nécessaires pour remplir son obligation, la femme devrait supporter cette charge sur ses biens personnels; car l'obligation est réciproque en vertu de l'article 212.

Nous disons que les époux se doivent des aliments. Le code ne se sert pas de cette expression en parlant des devoirs des époux, et c'est à dessein, nous semble-t-il. En général, les aliments se fournissent moyennant une pension alimentaire. Or, entre époux il ne peut pas s'agir d'une pension alimentaire, puisque la vie commune est le premier de leurs devoirs. La femme, dit l'article 214, est obligée d'habiter avec son mari ; c'est donc au domicile conjugal qu'elle est nourrie et entretenue. Que si les facultés du mari ne lui permettent point de supporter cette charge pour le tout, si la femme y doit suppléer, c'est encore en maintenant la vie commune qu'elle contribuera à la nourriture et à l'entretien de toute la famille. Donc il n'y a pas lieu, entre époux, à une pension alimentaire. La règle est incontestée, mais on demande si elle reçoit des exceptions, et sur cette question il y a beaucoup d'incertitude dans la doctrine et dans la jurisprudence.

53. Il y a un premier point qui est certain. Lorsque le mariage est dissous par le divorce, il ne peut plus être question d'obligations naissant du mariage. Il y a toutefois une exception pour les aliments : l'époux qui a obtenu le divorce peut réclamer une pension alimentaire sur les biens de l'autre époux (art. 301). C'est une véritable dette alimentaire, car la loi dit que la pension sera révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire. Les aliments sont fournis, en ce cas, sous la forme d'une pension parce que la vie commune cesse.

L'époux qui demande la séparation de corps peut invoquer le bénéfice de l'article 301. Cela ne peut pas faire l'objet d'un doute (1). Il y a plus, l'époux coupable contre lequel la séparation de corps a été prononcée, peut réclamer des aliments de son conjoint, même la femme adultère. La jurisprudence est unanime (2), et l'on s'étonne

(1) Arrêt de la cour de cassation du 28 juin 1815 (Dalloz, au mot *Paternité*, nº 725, 1º).
(2) Voyez les arrêts dans Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, nº 640.

même que la question ait pu être portée jusque devant la cour de cassation. La séparation de corps ne rompt pas le lien du mariage, elle le relâche seulement, en ce sens que le devoir de l'habitation commune cesse; tous les autres devoirs subsistent; les époux se doivent donc *secours*, aux termes de l'article 212. Ces secours ne pouvant plus être reçus dans le domicile conjugal, il y a lieu de les convertir en pension alimentaire.

54. Que faut-il décider si les époux vivent séparés de fait, sans qu'un jugement ait prononcé la séparation de corps? La question ne reçoit pas de solution absolue. Il faut voir quelles sont les causes qui ont amené la cessation de la vie commune. Supposons d'abord que le mari refuse de recevoir sa femme, il est évident que dans ce cas il devra lui payer une pension alimentaire. Le code l'oblige de recevoir sa femme et de lui fournir tout ce qui est nécessaire aux besoins de la vie; le mari ne peut pas, en refusant de la recevoir, s'affranchir de l'obligation que la loi lui impose de lui fournir des aliments. Il n'y aura que cette différence, c'est que, les aliments ne pouvant pas être fournis en nature, le mari sera tenu de payer une pension alimentaire. Sur ce point, la jurisprudence est unanime(1). Bien entendu que du moment que le mari consentira à recevoir sa femme chez lui, la pension cessera de courir. La décision serait la même si le mari n'avait pas de domicile convenable où il pût recevoir sa femme; nous verrons plus loin que le devoir de la femme d'habiter avec le mari est subordonné au devoir qu'a le mari de lui offrir un domicile qu'elle puisse décemment habiter. Si le mari ne remplit pas ce devoir, certes il ne sera pas dégagé par là de l'obligation de nourrir et d'entretenir sa femme; puisqu'il ne peut le faire dans le domicile conjugal, il lui devra payer une pension alimentaire (2).

55. L'hypothèse est bien différente quand la femme quitte le domicile conjugal. Parfois cela se fait de commun accord entre les époux; et il arrive que, dans ce cas,

(1) Voyez les arrêts rapportés dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 749.
(2) Arrêt de la cour de Liége du 20 janvier 1841 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 750, 2°).

le mari s'oblige à payer une pension alimentaire à sa femme. Il est évident que la séparation volontaire des conjoints est nulle, et par suite les conventions qui l'accompagnent. La vie commune est un devoir pour les époux (art. 214) ; ce devoir tient à l'ordre public, puisqu'il n'y a plus de mariage quand il n'y a plus de vie commune. Toute convention contraire à une loi d'ordre public est frappée de nullité (art. 6). De là suit que la femme n'aura pas d'action contre son mari en payement de la pension alimentaire ; elle n'a qu'un moyen d'obtenir des aliments, c'est de rétablir la vie commune. C'est seulement en cas de refus du mari de la recevoir qu'elle pourrait exiger une pension (1).

La décision serait la même s'il y avait séparation de biens, peu importe qu'elle soit judiciaire ou conventionnelle. C'est un régime concernant la fortune des deux époux, et le régime ne change rien aux devoirs qui naissent du mariage : séparés de biens ou communs en biens, ils doivent habiter ensemble, et par conséquent c'est dans le domicile conjugal que la femme séparée de biens doit recevoir ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie : c'est encore en maintenant la vie commune qu'elle contribuera aux frais du ménage, ou même les supportera pour le tout, en cas de séparation judiciaire (2).

56. La question devient plus difficile quand la femme quitte le domicile conjugal sans qu'il y ait refus du mari de la garder chez lui. C'est pour échapper aux mauvais traitements que la femme va habiter ailleurs. Pourra-t-elle réclamer une pension alimentaire? En principe, il faut répondre affirmativement et sans hésiter. Le mari viole son devoir d'époux en maltraitant la femme à laquelle il promet assistance et protection. Et si, à force de mauvais traitements, il oblige la femme à déserter le domicile conjugal, il viendra dire qu'il ne lui doit pas d'aliments, qu'il est prêt à la recevoir chez lui! Non, même d'après la rigueur du droit, une pareille prétention serait inadmissible. Sans

(1) Arrêt de Colmar du 12 juillet 1806 (Dalloz, au mot *Mariage*, nos 747, 2o). Arrêt de Grenoble du 11 mars 1851 (Dalloz, 1853, 2, 62). Arrêt de Nîmes du 9 mai 1860 (Dalloz, 1860, 2, 219).

(2) Arrêt de Bordeaux du 31 mai 1854 (Dalloz, 1855, 2, 289).

doute, la femme doit habiter avec le mari, et elle doit être nourrie et entretenue au domicile conjugal. Mais le mari doit aussi assistance et protection à sa femme. Il y a donc là des obligations corrélatives ; si la femme doit habiter avec le mari, c'est à la condition qu'elle soit traitée comme femme. Quand au lieu de remplir son devoir de protecteur, le mari la chasse de chez lui à force de mauvais traitements, pourra-t-il se prévaloir de l'inexécution du devoir de protection pour se dispenser de remplir le devoir d'entretien?

La jurisprudence donne action à la femme qui vit séparée par la faute du mari (1). Il y a même un arrêt qui le décide ainsi en faveur d'un mari qui fut obligé de quitter le domicile conjugal pour échapper aux explosions de haine de sa femme (2). On fait cependant de graves objections contre cette doctrine. Le mariage, dit-on, fait naître des devoirs réciproques ; de ce que l'un des époux manque aux devoirs que la loi lui impose, ce n'est pas une raison pour que l'autre époux manque aux siens ; il doit les remplir, ou demander soit le divorce, soit la séparation de corps. Nous répondrons, avec la cour de Bordeaux, que la séparation ou le divorce est un droit pour l'époux malheureux, que ce n'est pas une obligation ; loin de favoriser la dissolution du mariage ou la séparation de corps, la loi ne l'admet que parce qu'elle y est forcée. Le juge doit agir dans le même esprit; il doit donc se garder de pousser les époux à demander le divorce ou la séparation de corps en leur refusant une pension alimentaire.

On fait une autre objection. Accorder une pension alimentaire à l'époux séparé de fait, n'est-ce pas favoriser ces séparations, n'est-ce pas autoriser indirectement les séparations volontaires par consentement mutuel, alors que la loi ne veut pas même de séparation de corps judiciaire par concours de volontés (art. 307)? Il y a certes là un danger. C'est aux tribunaux à le prévenir. Ils n'accorderont de pension alimentaire que s'il est prouvé que la vie com-

(1) Arrêt de Montpellier du 23 décembre 1830 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 668, 1°).

(2) Arrêt de Bordeaux du 3 février 1853 (Dalloz, 1854, 2, 10).

mune a cessé par la faute de l'un des époux. Que si, au contraire, il y a des motifs de craindre que les époux ne cherchent à éluder la loi, le juge refusera d'allouer une pension à l'époux séparé. En tous cas, la pension sera révocable, comme toute pension alimentaire; si les circonstances changent, si la vie commune peut être rétablie, la pension cessera.

57. Il peut même arriver que le mari doive payer une pension alimentaire à sa femme, sans qu'il y ait vie séparée. Le mari est interdit, la femme continue à habiter avec lui; mais l'interdit est placé sous tutelle. De fait, le mari ne peut pas, comme le veut l'article 214, fournir à la femme ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie; et il est impossible que le tuteur de l'interdit exerce des devoirs attachés à la puissance maritale. Dans ce cas, la femme peut demander des aliments (1). Il en serait de même s'il n'y avait pas interdiction, mais si le mari était placé dans une maison de santé. Dans ce cas encore, il n'est pas en état de remplir les obligations que l'article 214 lui impose ; la femme, ne recevant pas d'aliments au domicile conjugal, est en droit de demander une pension alimentaire (2).

De son côté, la femme peut, pour cause de maladie, être obligée de quitter le domicile conjugal. Si cela se fait avec le consentement du mari, la conséquence en sera que la femme pourra réclamer une pension alimentaire. Il n'y a pas, dans ce cas, vie séparée, l'absence n'étant que momentanée; la pension aussi, cela va sans dire, sera temporaire. La cour de cassation a très-bien jugé que les conventions qui interviennent à ce sujet entre le mari et la femme ne portent pas atteinte à la puissance maritale, et ne sont pas en opposition avec le devoir qui incombe à la femme d'habiter avec son mari (3).

Enfin, il se peut que la femme, tout en recevant la nour-

(1) Comparez arrêt d'Aix du 5 mars 1842 (Dalloz, au mot *Interdiction*, n° 174).
(2) Arrêt de Bruxelles du 30 octobre 1828 (*Pasicrisie*, 1828, p. 309).
(3) Arrêt de la cour de cassation du 24 mars 1818 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 754).

riture au domicile conjugal, manque du nécessaire pour son entretien. Le mari ne remplit pas, dans ce cas, l'obligation, que lui impose l'article 214, de fournir à sa femme *tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie*, ou il ne le fait point selon ses facultés et son état. Dès lors la femme doit avoir action contre lui. Seulement elle devra prouver, comme l'a décidé la cour de Bruxelles, quelles sont les choses que son mari lui a refusées pour son entretien ou ses besoins (1).

N° 2. DES PARENTS LÉGITIMES ET DES ALLIÉS.

58. L'article 205 dit que les enfants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin ; et, aux termes de l'article 207, ces obligations sont réciproques. Il est bien évident qu'en vertu de ces dispositions, les aïeuls doivent des aliments à leurs petits-enfants qui sont dans le besoin. Cependant, le croirait-on? Toullier a prétendu que le texte du code ne décidait pas formellement la question. C'est sur son autorité qu'elle figure parmi les controverses que les auteurs se croient obligés de discuter. Nous croyons qu'il n'y a pas d'autorité, quand l'erreur est palpable et en quelque sorte matérielle. Dégageons notre science de ces controverses inutiles auxquelles elle n'a rien à gagner. La jurisprudence est aussi unanime que la doctrine pour condamner cette erreur (2). Nous ne la citons que comme exemple des questions oiseuses qu'un auteur transmet à l'autre; nous les passerons sous silence, à moins qu'il n'y ait un principe en cause.

59. L'article 206 porte que les gendres et belles-filles doivent des aliments à leurs beau-père et belle-mère qui sont dans le besoin; et l'article 207 déclare que ces obligations sont réciproques. Dans le langage usuel, on donne le nom de *belle-fille* à la fille que la femme a eue d'un premier lit; l'ancien droit la qualifiait de *filiâtre;* il est cer-

(1) Arrêt de la cour de Bruxelles du 29 mai 1820 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 743, et *Pasicrisie*, 1820, p. 143).
(2) Voyez les témoignages dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 622.

tain qu'elle n'est pas comprise dans le texte du code ; le mot *gendre* explique le sens de la loi; les aliments ne sont dus qu'à la femme du fils et au mari de la fille. De même, dans le langage ordinaire, on appelle beau-père le second mari de la mère, et belle-mère, la seconde femme du père: en droit, ils portent le nom de *parâtre* et de *marâtre*. Il est également certain qu'ils n'ont pas droit à des aliments. Le texte ne laisse aucun doute sur ce point, et il a été interprété en ce sens lors de la discussion.

On demande si cette obligation s'étend aux ascendants du conjoint et aux conjoints des descendants? En d'autres termes, la dette alimentaire entre alliés est-elle limitée au premier degré en ligne directe, ou s'étend-elle à tous les degrés? La question est controversée et elle est douteuse. On admet généralement que l'obligation s'étend à tous les degrés. Le texte, il est vrai, est contraire à cette opinion, mais on dit que les termes de l'article 206 n'expriment pas la vraie pensée du législateur. Voici ce qui s'est passé. L'article 2 du projet portait : « Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin. Les enfants doivent également des aliments *à leurs alliés dans la même ligne.* » Au conseil d'Etat, Cambacérès demanda ce que les auteurs du projet entendaient par *alliés*. Réal répondit que l'on voulait désigner les degrés correspondants à ceux des ascendants. Cambacérès dit qu'alors la disposition était trop étendue, puisqu'il en résultait l'obligation de fournir des aliments à une marâtre. Tronchet proposa de se servir des mots *beau-père* et *belle-mère*, et de restreindre l'effet de la disposition aux ascendants de l'autre époux. Cette proposition fut adoptée, mais sans l'explication que Tronchet y avait ajoutée. Est-ce que l'article 206 doit être entendu dans le sens de cette interprétation? Il est certain que tel est l'esprit de la loi. L'obligation des alliés est établie à l'imitation de celle des parents; celle-ci s'étendant à tous les degrés, il en doit être de même de l'autre. On peut soutenir que telle est la volonté du législateur. En effet, si la disposition primitive a été changée, ce n'est pas pour exclure les ascendants des conjoints, c'est pour exclure les

parâtres et les marâtres. C'est donc dans le sens de l'explication de Tronchet que l'article 206 doit être interprété (1). Toutefois il reste une difficulté de texte et de principe. Il est très-dangereux d'introduire dans le code les interprétations données au conseil d'Etat; ce n'est pas le dire de Tronchet qui fait la loi, c'est le texte; or, le texte est aussi clair que possible, il limite la dette alimentaire au premier degré. L'étendre, c'est créer une obligation que la loi n'établit point. Cela dépasse, à notre avis, le pouvoir de l'interprète (2).

N° 3. DES PARENTS NATURELS.

60. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes à reconnaître que les père et mère doivent des aliments à leurs enfants naturels, incestueux ou adultérins. On admet encore que les enfants naturels simples doivent des aliments à leurs père et mère qui sont dans le besoin (3). Nous n'entendons pas nous élever contre une doctrine qui n'est pas même contestée; il nous sera cependant permis de remarquer qu'il y a lacune dans le code Napoléon, et que les auteurs et les arrêts ont, en réalité, fait la loi au lieu de l'interpréter. Pour s'en convaincre, il suffit de lire l'arrêt de la cour de cassation du 27 août 1811, qui a consacré l'opinion générale (4). La cour invoque d'abord l'ancien droit; cet argument traditionnel n'a aucune valeur quand il s'agit de créer une obligation. Il faut laisser la tradition de côté pour s'en tenir au code civil. La cour suprême avoue « que le code ne contient aucune disposition expresse quant aux aliments en faveur des enfants naturels. » Cet aveu ne tranche-t-il pas la question? Y a-t-il une obligation *légale* sans *loi?* Dans le silence des lois positives, dit la cour de cassation, il faut recourir au

(1) Marcadé, t. Ier, p. 533, art. 207, n° 1. Demolombe, t. IV, p. 28, n° 25.
(2) La cour de Grenoble a jugé en ce sens (arrêt du 9 août 1862, dans Dalloz, 1862, 5, 24, n° 4).
(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon,* t. IV, p. 16 et suiv., n°s 17 et 18.
(4) Dalloz, *Répertoire,* au mot *Paternité,* n° 565 (rendu sur les conclusions de Daniels).

droit naturel. Quoi! en présence d'un code, il faut encore consulter le droit naturel? Oui, quand il s'agit d'interpréter la loi positive; non, quand il s'agit de la faire. Et n'est-ce point faire la loi que d'imposer une obligation qu'aucun texte du code n'impose? Le droit naturel nous dit aussi que le frère ne peut pas laisser son frère mourir de faim : en conclurons-nous que le frère est tenu de fournir des aliments à son frère? La cour invoque l'esprit de la loi, elle cite les paroles des orateurs du gouvernement, elle dit que les père et mère ont envers leurs enfants naturels des devoirs d'autant plus grands qu'ils ont à se reprocher leur infortune. On ne peut pas mieux dire, mais c'est de la théorie, et nous cherchons un texte, car il faut une loi pour engendrer une obligation légale. La cour se prévaut encore des dispositions du code qui donnent à l'enfant naturel un droit sur la succession de ses père et mère; mais est-ce bien là le texte qu'il nous faut? est-ce que tous ceux entre lesquels il y a un droit d'hérédité se doivent des aliments? Enfin, dit la cour, ce qui ne permet plus de doute, c'est que le code ayant accordé, par l'article 762, des aliments aux enfants adultérins et incestueux, il serait contradictoire qu'il en eût refusé aux enfants nés de personnes libres, enfants qu'il a traités avec beaucoup plus de faveur. Ce dernier argument est le seul texte que l'on puisse invoquer en faveur de l'opinion générale; encore est-il très-contestable. Le code refuse tout droit de succession aux enfants adultérins et incestueux; il ne leur accorde que des aliments sur l'hérédité de leurs père et mère. Ces aliments ne peuvent donc être réclamés, en vertu de l'article 762, qu'après le décès des père et mère; ils tiennent lieu à ces malheureux enfants de droit héréditaire. A la rigueur, l'article 762 ne pourrait pas servir de base à une action entre vifs, et l'on veut que les enfants naturels puissent s'en prévaloir, alors que leurs droits sur les biens de leurs père et mère sont réglés au titre des Successions, comme le dit l'article 338! Avouons qu'il y a lacune dans le code, et que le cri de la conscience l'a emporté sur les textes! Toujours est-il que le législateur ferait bien de combler lui-même la lacune; il ne faut pas

donner aux interprètes l'occasion ni les mettre dans la nécessité de se mettre au-dessus de la loi.

61. Les enfants adultérins et incestueux doivent-ils des aliments à leurs père et mère? Ici les interprètes hésitent. Il n'y a pas de texte, disent-ils. Eh! qu'importe, si dans le silence des lois positives, comme le dit la cour de cassation, le juge peut et doit recourir au droit naturel? Est-ce que le cri de la nature ne fait pas un devoir aux enfants, fussent-ils adultérins ou incestueux, de nourrir leurs père et mère et de les empêcher de mourir de faim? Toutefois il est certain qu'il y a lacune dans la loi. L'article 762 même fait défaut. Vainement dit-on que l'obligation alimentaire est réciproque; cela n'est pas toujours vrai, et cela n'est surtout pas vrai quand celui qui réclame les aliments a un crime à se reprocher. L'époux contre lequel le divorce a été prononcé ne peut pas réclamer les aliments, tandis qu'ils sont dus à l'époux qui a obtenu le divorce. On conçoit donc que les aliments soient refusés à celui qui est coupable d'adultère ou d'inceste, tandis que la loi les peut et doit accorder aux malheureux enfants fruits d'un commerce criminel ou honteux. Sans doute, ce serait chose scandaleuse de voir un enfant refuser des aliments à son père, en donnant pour ainsi dire la mort à celui qui lui a donné la vie. Mais n'est-ce pas un scandale aussi d'entendre un homme invoquer son crime ou sa honte pour s'en faire un droit? Il est inutile d'insister. La lacune de la loi est certaine. Mais si l'on accorde une action, au nom du droit naturel, aux enfants illégitimes, il faut l'accorder aussi aux père et mère incestueux ou adultérins.

62. L'enfant naturel doit-il des aliments aux ascendants de son père, et ces ascendants en doivent-ils à l'enfant naturel? Cette question se présenta devant la cour de Douai, qui la décida affirmativement, mais son arrêt fut cassé et avec raison. Il est très-vrai, comme le dit la cour de Douai, qu'il n'y a pas de texte concernant la dette alimentaire des parents naturels; mais du moins faut-il, pour qu'elle existe, qu'il y ait parenté. La cour invoque l'article 161, qui établit une prohibition de mariage entre ascendants et descendants naturels, d'où elle conclut qu'il y a

parenté, et dès qu'il y a parenté en ligne directe, il doit y avoir obligation alimentaire. Non, il n'y a pas de lien entre l'enfant naturel et les ascendants de son père; car il est de principe que la reconnaissance de l'enfant faite par le père est personnelle au père et ne peut produire d'obligation que contre lui, d'après la maxime immuable qui veut qu'on ne soit pas lié par le fait d'autrui. On ne peut, par conséquent, dit la cour suprême, étendre les effets de la reconnaissance aux parents du père qui y sont étrangers, pour en faire dériver contre eux une obligation que la loi ne reconnaît pas. Vainement invoque-t-on l'article 161; le législateur, en prohibant le mariage entre les ascendants et les descendants naturels, a été uniquement déterminé par des motifs d'honnêteté publique; c'est, à vrai dire, une exception aux principes qui régissent la reconnaissance et ses effets; on ne peut donc l'étendre pour créer une obligation fondée sur une parenté qui en réalité n'existe point. En définitive, les enfants naturels ne sont pas dans la famille de leurs père et mère, ils ne sont pas héritiers des membres de cette famille (art. 338 et 756), ils ne sont liés envers eux par aucun droit, par aucun devoir. Comment donc la dette alimentaire, fondée sur le lien du sang, pourrait-elle exister entre eux (1)?

63. On demande si le père naturel doit des aliments aux descendants légitimes de son fils. La question a été décidée affirmativement par les cours de Bruxelles et de Liége (2). Elles ne citent aucun texte, il n'y en a pas. Cela seul ne suffit-il pas pour rejeter une obligation qui ne peut exister qu'en vertu de la loi? On dit que l'obligation du père naturel de fournir des aliments à son fils implique l'obligation d'en procurer également aux enfants légitimes de son fils. En effet, dit la cour de Bruxelles, les aliments sont dus dans la proportion des besoins de celui qui les réclame; de sorte que, pour régler l'étendue de l'obligation alimentaire, il faut avoir égard aux besoins des descen-

(1) Arrêt de cassation du 7 juillet 1817 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 626).

(2) Arrêt de Bruxelles du 10 juillet 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 1, 119 et Dalloz, 1852, 2, 155). Arrêt de Liége du 3 juillet 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 220).

dants de celui à qui les aliments sont dus. Il y a donc indirectemet une obligation au profit de ces descendants; cette obligation ne s'éteint pas par la mort de l'enfant naturel, elle subsiste au profit de ses descendants. Cette argumentation est une de celles qui prouvent trop et qui, par suite, ne prouvent rien. On pourrait faire un raisonnement identique dans l'intérêt des descendants naturels, et arriver ainsi à la conclusion que les aliments sont dus entre ascendants et descendants naturels : doctrine inadmissible. La cour de Bruxelles invoque encore les articles 158 et 151, d'où résulte, suivant elle, que les enfants légitimes de l'enfant naturel doivent demander le conseil de leur aïeul naturel pour contracter mariage, ce qui implique des droits et des devoirs réciproques dérivant du fait de la paternité. Quand même le code dirait ce que la cour lui fait dire, on ne pourrait s'en prévaloir pour créer une dette alimentaire qu'aucun texte n'établit. Mais est-il vrai que le descendant légitime de l'enfant naturel doive faire des actes respectueux à son aïeul naturel? L'article 158 ne parle que des parents légitimes, et l'article 151 borne expressément au père de l'enfant naturel l'obligation qui incombe à l'enfant de demander conseil; il n'y est pas question des descendants légitimes de l'enfant naturel. En définitive, il n'y a pas de texte qui établisse directement ou indirectement la dette alimentaire; cela décide la question.

§ III. *Comment les débiteurs sont-ils tenus.*

N° 1. SONT-ILS TENUS CONCURREMMENT?

64. La loi impose la dette alimentaire aux parents et aux alliés; sont-ils tenus concurremment? Même question dans les cas où les parents et les alliés sont à des degrés inégaux. Le code ne dit rien; mais les auteurs enseignent tous que ceux qui doivent les aliments ne sont pas tenus concurremment, mais successivement. Ils fondent cet ordre successif sur l'ancien droit, et sur des considéra-

tions d'équité. D'abord ils posent comme principe que le conjoint doit les aliments, avant les parents et les alliés; ils invoquent le lien intime et étroit que le mariage crée entre les époux qui, par leur union, deviennent une chair et une âme. A défaut de conjoint, l'obligation doit peser sur les parents, de préférence aux alliés, ceux-ci n'étant en quelque sorte que des parents fictifs ; le lien du sang est en tout cas plus fort que celui de l'alliance, il suppose une affection plus profonde et partant des devoirs plus impérieux. D'ailleurs les parents succèdent, tandis que les alliés ne succèdent pas. Or, la justice demande que celui qui a les bénéfices de la parenté en supporte aussi les charges. Ce dernier motif est aussi allégué pour déterminer quels sont, parmi les divers parents ou alliés, ceux qui sont tenus de préférence : ce sont les parents appelés à succéder, et les alliés par imitation du lien de parenté, bien qu'ils ne succèdent pas (1).

Il y a bien des objections contre cette doctrine. L'ancien droit témoigne plutôt contre l'opinion générale qu'en sa faveur. En effet, les auteurs du code avaient sous les yeux les maximes et les distinctions qui servaient à régler l'ordre successif, et ils ne les ont pas formulées en textes de loi. N'est-ce pas dire qu'ils n'en voulaient point? Pour imposer une obligation à telle personne plutôt qu'à telle autre, ne faudrait-il pas un texte? Cela est si vrai qu'un arrêt qui rejetterait l'ordre successif ne pourrait pas être cassé, car il ne violerait aucune loi, vu qu'il n'y en a point. Au contraire, un arrêt qui imposerait la dette alimentaire à un parent plutôt qu'à un allié pourrait être cassé, car il créerait une obligation légale sans loi. La considération que l'on invoque contre les parents n'est rien moins que décisive. Sans doute, l'équité exige que la charge incombe à celui qui a les bénéfices. Mais là n'est pas la question. Il faut voir si la loi consacre cette maxime. Or, il est évident qu'elle ne la consacre point; et, chose remarquable, les auteurs eux-mêmes qui l'invoquent sont obligés de s'en

(1) Demolombe, t. IV, p. 35 et suiv., nos 32-35. Marcadé, t. Ier, p. 536, art. 207, n° 3.

écarter. Ils imposent, en première ligne, la dette alimentaire au conjoint. Est-ce aussi lui qui est appelé en première ligne à l'hérédité? Il n'est pas même héritier, il n'est que successeur irrégulier, et n'est appelé qu'à défaut de parents au degré successible, à défaut même de parents naturels. Si la loi se décidait d'après l'ordre héréditaire, obligerait-elle les alliés à fournir des aliments, alors que les alliés ne succèdent jamais? Même entre parents, le code ne suit pas l'ordre héréditaire : l'ascendant doit les aliments alors qu'il y a un frère, bien que le frère du défunt recueille toute la succession.

65. De ce que la loi ne prescrit pas d'ordre successif, de ce que l'on ne peut pas se prévaloir de l'ordre héréditaire, il suit, nous semble-t-il, que tous ceux qui doivent les aliments en sont tenus à titre égal. C'est le tribunal qui décidera qui, parmi tous ceux qui doivent les aliments, doit supporter cette charge; il se décidera en tenant compte de la fortune des débiteurs. Supposons que celui qui réclame les aliments ait un conjoint; il a aussi un fils ou une belle-fille. Le conjoint jouit d'une fortune médiocre, tandis que la belle-fille est riche. Dans l'opinion générale, l'époux devrait s'adresser à son conjoint, il n'obtiendrait donc qu'une pension médiocre, tout juste ce qu'il faut pour ne pas mourir de faim; et il a une belle-fille qui nage dans l'abondance! Certes voilà un résultat contraire à l'équité qui doit dominer en cette matière. Celui qui a des parents ou des alliés riches doit obtenir une pension proportionnée à leur fortune. Il faut donc qu'il ait le droit de diriger son action concurremment contre tous ceux qui lui doivent des aliments. Le tribunal répartira la charge d'après l'équité.

Supposons qu'il y ait des parents et des alliés au même degré, des enfants et des gendres ou belles-filles. D'après l'opinion commune, les enfants seuls seraient tenus. Résultat encore une fois contraire à l'équité, si les alliés étaient riches tandis que les parents ne le seraient point. Sur ce point il y a un arrêt favorable à l'opinion que nous défendons. Un arrêt de la cour de Paris du 14 août 1855 décide que les ascendants peuvent, *à leur choix* et à leurs risques, intenter leur action contre celui qu'ils jugent en

état de remplir l'obligation alimentaire, sauf aux tribunaux à prendre en considération la position des coobligés actionnés et celle des coobligés affranchis de l'action, et à ordonner, au besoin, la mise en cause de ces derniers. Dans l'espèce, la cour condamna le gendre en même temps que la fille à payer une pension alimentaire. Pourvoi en cassation fondé sur ce que les alliés ne devaient des aliments qu'à défaut de parents. La cour suprême jugea que l'article 206 assimile entièrement les gendres et belles-filles aux enfants, quant à l'obligation de fournir des aliments à leurs beau-père et belle-mère qui sont dans le besoin, qu'il n'y a donc aucune distinction à faire entre les parents et les alliés (1).

A notre avis, il faut appliquer le même principe aux parents, quoiqu'ils soient à divers degrés. L'article 205 porte que les enfants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin. On suppose qu'il y a des fils et des petits-fils. Dans l'opinion commune, le petit-fils n'est jamais tenu concurremment avec son père ; il n'y a que les petits-fils dont le père est mort qui concourent avec les enfants du premier degré ; encore ce dernier point est-il controversé (2). La loi ne fait pas cette distinction ; elle appelle le petit-fils au même titre que le fils. Donc l'ascendant peut les actionner l'un et l'autre. Le tribunal jugera d'après l'équité. Nous reconnaissons volontiers que ce système n'est pas sans inconvénient, puisqu'il abandonne tout au pouvoir discrétionnaire du juge. Mais, dans le silence de la loi, le juge est forcément un ministre d'équité (3). Ajoutons qu'il y a des matières où l'équité doit dominer : telle est l'obligation alimentaire.

N° 2. LA DETTE ALIMENTAIRE EST-ELLE SOLIDAIRE ET INDIVISIBLE.

66. L'opinion générale a été longtemps que la dette alimentaire est tout ensemble solidaire et indivisible. On

(1) Arrêt du 17 mars 1856 (Dalloz, 1856, 1, 251).
(2) Voyez la doctrine et la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 644.
(3) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 329, n° 257.

la trouve consacrée par les arrêts, comme une espèce d'axiome que les cours ne se donnent pas même la peine de motiver (1). Les auteurs étaient d'accord avec la jurisprudence (2). Telle est la ténacité des doctrines traditionnelles en droit, que cette erreur, aujourd'hui démontrée jusqu'à l'évidence par les interprètes et par les tribunaux, est encore reproduite, tantôt par une cour, tantôt par un jurisconsulte. On lit dans un arrêt de Douai de 1853 « que la dette alimentaire participe à la fois du caractère de la solidarité et de celui de l'indivisibilité (3). » Dalloz enseigne aussi que l'obligation alimentaire est solidaire et indivisible (4). Nous disons que c'est une erreur, et l'erreur est même tellement évidente que l'on ne conçoit pas qu'elle ait pu régner aussi longtemps. Il suffit de se rappeler les principes élémentaires qui régissent la solidarité et l'indivisibilité pour se convaincre que la dette alimentaire ne saurait être tout ensemble solidaire et indivisible. Le créancier d'une dette solidaire a action pour le tout contre chacun des débiteurs; d'où suit que le débiteur poursuivi est condamné pour le tout, sans qu'il puisse mettre ses codébiteurs en cause dans le but de faire diviser la dette. Quand la dette est indivisible, le créancier a aussi action pour le tout contre chacun des débiteurs, mais le débiteur poursuivi peut mettre ses codébiteurs en cause, dans le but de faire diviser la condamnation. Si la dette alimentaire est tout ensemble solidaire et indivisible, que décidera-t-on? que le débiteur actionné peut et qu'il ne peut pas mettre ses codébiteurs en cause? Nous pourrions signaler plus d'une de ces contradictions; mais la chose est inutile, puisqu'il est facile de démontrer que la dette alimentaire n'est ni solidaire ni indivisible.

67. Quand Duranton combattit la doctrine de la solidarité, il disait qu'il fallait quelque courage pour oser le faire (5). Cependant il suffit d'ouvrir le code Napoléon et

(1) Arrêt de Douai du 23 mai 1839 (Dalloz, au mot *Mariage*, nº 654). Comparez les arrêts cités, *ibid.*, nº 608.
(2) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 447.
(3) Arrêt du 9 mai 1853 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1856, 2, 55).
(4) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, nº 700.
(5) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 389, nº 424.

de lire l'article 1202 pour se convaincre que la dette alimentaire ne peut pas être solidaire. Elle ne l'est pas en vertu de la loi puisque la loi est muette; et il ne peut pas s'agir de conventions en cette matière, l'obligation étant légale. Pour admettre que la dette est solidaire, il faut donc imaginer une troisième espèce de solidarité qui serait prononcée par le juge. C'est ce qu'a décidé la cour de Liége; après avoir longtemps jugé que la dette alimentaire est solidaire et indivisible, elle finit par reconnaître qu'elle n'est déclarée solidaire par aucune disposition du code; mais elle prétend que les juges sont, quant à cette solidarité, investis d'un pouvoir discrétionnaire (1). Même décision de la cour de Pau. Il n'existe aucune disposition expresse de la loi, dit-elle, qui imprime le caractère de solidarité aux obligations alimentaires; toutefois les tribunaux peuvent condamner l'un des debiteurs à acquitter la dette en totalité, sauf son recours contre ses codébiteurs pour les parts mises à leur charge (2). Que d'hérésies dans ces décisions! Si la dette n'est pas solidaire en vertu de la loi, comment le deviendrait-elle en vertu de la sentence du juge? Que si l'on reconnaît que la dette n'est pas solidaire, on reconnaît, par cela même, qu'elle se divise entre les codébiteurs; et si elle se divise, de quel droit les tribunaux dérogeront-ils à cette division pour condamner l'un des débiteurs à fournir les aliments en totalité?

Chose singulière! Les articles mêmes que l'on invoque pour accorder aux juges ce pouvoir discrétionnaire de créer une solidarité en dehors de la loi et des conventions, prouvent qu'il ne peut pas être question de solidarité. Quand il y a plusieurs codébiteurs solidaires, ils sont considérés comme un seul et même débiteur à l'égard du créancier. Cela suppose une dette fixe, la même pour tous; aussi quand l'un d'eux l'acquitte, il a son recours contre ses codébiteurs, recours qui se divise, de sorte que chacun des débiteurs solidaires supporte sa part virile dans la dette. Est-ce ainsi que les choses se passent en matière

(1) Arrêt du 18 décembre 1854 (*Pasicrisie,* 1858, 2, 252).
(2) Arrêt du 26 décembre 1866 (Dalloz, *Recueil périodique,* 1867, 2, 197).

de dettes alimentaires? L'article 208 veut que les aliments soient accordés dans la proportion de la fortune de celui qui les doit; donc quand il y a plusieurs débiteurs, chacun est tenu d'une manière différente; ce qui exclut toute idée de solidarité, car au lieu d'une dette, la même pour tous, nous avons deux, trois ou quatre dettes dont le montant diffère d'un débiteur à l'autre. L'un doit payer 200 francs, un second 300, un troisième 500. Comment ces trois dettes différentes feraient-elles une seule et même dette? Celui qui ne doit que 200 francs sera-t-il tenu d'en payer solidairement 1,000? Il se peut qu'aucun des débiteurs ne soit en état de payer ces 1,000 francs. Que deviendra alors la solidarité? La jurisprudence décide généralement que la dette n'est pas solidaire (1), et telle est aussi la doctrine des auteurs modernes (2).

68. Il y a des auteurs qui, tout en avouant que la dette n'est pas solidaire, soutiennent qu'elle est indivisible. Sur ce point, nous concevons qu'il y ait, sinon doute, du moins discussion. Il règne tant d'obscurité sur la matière de l'indivisibilité des obligations! Dans l'espèce, il y a toutefois un moyen bien simple de s'éclairer, c'est de consulter Dumoulin. On sait que c'est sa doctrine, vulgarisée par Pothier, qui a passé dans le code Napoléon. Eh bien, le grand jurisconsulte enseigne que la dette alimentaire est divisible. « Il est vrai, dit-il, que l'on ne peut pas vivre pour partie; mais cela n'empêche pas que les aliments ne soient divisibles, en ce sens que la pension alimentaire soit payée par partie, par plusieurs personnes (3). » Les textes du code suffisent pour décider la question dans ce sens. On sait qu'il y a trois espèces d'indivisibilité. L'indivisibilité est absolue quand l'obligation a pour objet une chose qui dans sa livraison n'est susceptible de division ni matérielle, ni intellectuelle (art. 1217).

(1) Arrêt de Bordeaux du 14 décembre 1841 (Dalloz, au mot *Mariage*, nº 698. 8º). Arrêt de Toulouse du 14 décembre 1835 (*ibid.*, nº 699. 2º). Arrêt de Limoges du 19 février 1846 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1846, 4, 15). Arrêt de Bruxelles du 10 août 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 30).

(2) Duvergier sur Toullier, t. I, 2, p. 5, note.

(3) Dumoulin, *Extricatio labyrinthi dividui et individui*, pars II, nº 228 (Op., t. III, p. 152).

Il ne peut pas être question d'indivisibilité absolue en fait d'aliments, car il est bien évident que les denrées fournies en nature ainsi que les pensions alimentaires sont divisibles. Les dettes sont encore indivisibles quand le rapport sous lequel la chose, quoique divisible, est considérée ne la rend pas susceptible d'exécution partielle. C'est ce que l'on appelle l'indivisibilité d'obligation; elle a son principe dans la volonté des parties contractantes, ce qui suppose une obligation contractuelle. La dette alimentaire est légale, il faudrait donc que le législateur eût manifesté la volonté de la rendre indivisible; c'est-à-dire qu'il faudrait un texte qui déclare la dette indivisible, ou qui du moins implique nécessairement l'indivisibilité. Or, les textes prouvent, au contraire, que la dette se divise. En effet, aux termes de l'article 208, les aliments sont accordés dans la proportion de la fortune de ceux qui les doivent. Le juge doit donc apprécier les facultés de chacun des débiteurs, et condamner chacun suivant sa fortune : ce qui implique la division de la dette. Reste l'indivisibilité de payement. Il y a des cas où une dette, bien que divisible, doit être acquittée pour le tout par l'un des héritiers du débiteur (art. 1221). L'indivisibilité de payement ne concerne donc que les héritiers, partant elle est étrangère à notre question. En définitive, il n'y a aucun texte d'où l'on puisse induire que la dette alimentaire soit indivisible (1).

Que dit-on dans l'opinion contraire? On reproduit l'objection à laquelle Dumoulin a déjà répondu. L'obligation alimentaire, dit Duranton, est indivisible, parce qu'elle a pour objet quelque chose d'indivisible, la vie, et qu'on ne peut pas vivre pour partie (2). Sans doute, on ne peut vivre pour partie; mais les aliments qui nous font vivre peuvent nous être fournis par diverses personnes, comme l'a déjà dit Dumoulin. De plus, les aliments qui procurent la vie ne sont pas quelque chose d'absolu; le nécessaire même varie, il comporte un plus ou moins, et par suite une division. On allègue les inconvénients de

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. III, p. 695, note 18, § 552.
(2) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 392, n° 425.

cette division : l'un des débiteurs peut ne pas payer, de quoi vivra alors le créancier? Il vivra comme vivent les rentiers auxquels on ne paye pas leurs rentes; il empruntera. Ces inconvénients n'empêchent pas la divisibilité de la dette ni les conséquences qui en résultent.

La cour de cassation a jugé en ce sens que, la dette alimentaire étant divisible, celui qui est actionné n'a pas même le droit de mettre en cause les autres débiteurs; chacun est tenu personnellement dans la limite de ses facultés. S'il est condamné dans cette limite, il n'a pas le droit d'exercer un recours contre les autres débiteurs, dès lors il ne peut pas les mettre en cause (1). Cela n'est pas sans inconvénient, et peut-être le législateur aurait-il dû ordonner la mise en cause de tous ceux qui doivent les aliments, afin que les facultés de chacun soient judiciairement établies. Mais en l'absence d'un texte, la décision de la cour suprême est inattaquable. Si la loi donne lieu à des inconvénients, cela regarde le législateur; l'interprète n'a pas le droit de corriger la loi.

C'est donc mal raisonner que de se prévaloir des inconvénients qui résultent de la divisibilité pour déclarer la dette alimentaire indivisible. C'est ce qu'a fait la cour de Liége (2). Il y a des décisions plus étranges encore. La cour de Rennes a jugé que la dette alimentaire est indivisible quant au payement; puis elle invoque l'article 1222 (3), aux termes duquel chacun de ceux qui ont contracté conjointement une dette indivisible en est tenu pour le total. Or, il est certain, et cela est élémentaire, que l'article 1222 ne s'applique pas à l'indivisibilité de payement, qu'il suppose une indivisibilité absolue ou d'obligation. Donc, d'après la cour de Rennes, la dette alimentaire serait tout ensemble indivisible quant au payement, c'est-à-dire divisible par sa nature, et indivisible. La cour de Toulouse s'est tirée d'embarras d'une autre manière; elle a jugé qu'il y avait, dans la dette ali-

(1) Arrêt du 15 juillet 1861 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1861, 1, 469).
(2) C'est ce qu'a fait la cour de Liége (arrêt du 17 janvier 1833, dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 698, 2°).
(3) Arrêt du 30 mars 1833 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 698, 7°).

mentaire et dans son exécution, tout au moins une *indivisibilité de fait* (1). Ainsi on est obligé d'imaginer une nouvelle indivisibilité, comme d'autres cours ont inventé une nouvelle solidarité. N'est-ce pas une preuve évidente que la dette n'est ni solidaire ni indivisible? La question ne peut pas faire le moindre doute; il suffit des principes élémentaires de droit pour la décider en ce sens. Cela prouve l'importance des principes.

§ IV. *De l'action alimentaire.*

N° 1. CONDITIONS.

69. Celui qui réclame les aliments, dit le code, doit être *dans le besoin* (art. 205-207), c'est-à-dire qu'il doit se trouver dans l'impossibilité de pourvoir lui-même à sa subsistance, en tout ou en partie. Que faut-il pour la subsistance? Nous avons déjà dit que c'est là une question de fait, que les tribunaux décident d'après les circonstances. Un arrêt a jugé que par aliments on entendait les choses nécessaires aux premiers besoins de la vie (2). Mais l'idée de *nécessité* et de *besoins*, comme le dit Portalis, est essentiellement relative : c'est donc une question de fait plutôt que de droit. Toutefois dans l'application il se présente quelques difficultés d'une nature générale qui doivent être décidées par les principes juridiques.

70. Le besoin peut être réel, mais s'il provient de la faute de celui qui réclame des aliments, doit-on les lui accorder? En principe, la faute n'empêche pas les besoins, par suite il n'y a pas de motif légal de refuser les aliments. Jugé en ce sens, par la cour de Bruxelles (3), qu'alors même que l'enfant a dissipé l'héritage paternel, la nécessité de vivre doit l'emporter sur toutes les considérations morales; quels que soient les torts de l'enfant,

(1) Arrêt du 25 juillet 1863 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1863, 2, 140).
(2) Arrêt de Bordeaux du 10 janvier 1843 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 678, 1°).
(3) Arrêt du 31 décembre 1850 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 154).

le père ne peut lui refuser les choses nécessaires à la vie. La cour de Bruxelles a encore décidé que le fils qui se marie malgré l'opposition de ses parents peut réclamer des aliments, s'il est dans le besoin. Il y a cependant, non un motif de douter, mais une réserve à faire. Aux termes de l'article 204, l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un établissement par mariage. Si l'enfant se marie malgré ses père et mère, et si, ne pouvant pourvoir aux dépenses de son mariage, il vient leur demander des aliments, ne sera-ce pas éluder la disposition de l'article 204? Non, autre chose est la dot, autre chose sont les aliments : la dot est une libéralité qui ne se mesure point d'après les besoins de l'enfant doté, tandis que les aliments ne sont accordés, dit l'article 208, que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame. Le tribunal, en accordant des aliments, en fixera la quotité de manière à ne pas donner indirectement une dot sous le nom de pension alimentaire (1).

71. Le besoin suppose que celui qui l'invoque est dans l'impossibilité de pourvoir lui-même à ses nécessités. Comment faut-il entendre cette impossibilité? Suffit-il que les revenus soient insuffisants, alors même que le demandeur aurait un capital en immeubles qu'il pourrait réaliser? La question est controversée. M. Demolombe, après l'avoir examinée sous toutes ses faces, conclut, d'après son habitude, en disant : les tribunaux apprécieront. Sans doute, c'est au juge à décider s'il y a *besoin*; est-ce à dire qu'il jouisse d'un pouvoir tellement discrétionnaire qu'il ait le droit d'accorder des aliments à celui qui pourrait s'en procurer en réalisant un capital immobilier? Non, car la loi lui impose une limite; il faut que le demandeur soit *dans le besoin*, et celui qui possède des immeubles n'est certes pas dans le besoin, s'il peut se procurer les moyens de vivre en les vendant (2).

Le travail est aussi un capital. Il est certain que celui qui peut se procurer les choses nécessaires à la vie en

(1) Arrêt de Bruxelles du 19 janvier 1811 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 665).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 51, n° 44.

travaillant n'est pas dans le besoin. Cela suppose qu'il a non-seulement la capacité de travailler, mais qu'il a aussi du travail. Le jeune homme qui a fait des études en médecine ou en droit, a la capacité dès qu'il a son diplôme; mais bien des années encore s'écoulent avant qu'il ait une clientèle; il peut donc se trouver dans le besoin tout en travaillant; dès lors, il a le droit de demander des aliments, au moins temporairement (1). Dès que l'enfant peut pourvoir à sa subsistance par le travail, il n'a plus le droit de réclamer des aliments (2). Jugé en ce sens par la cour de cassation, que le mari séparé de corps ne peut pas demander d'aliments, si le besoin où il se trouve ne provient que de son inconduite et de son désœuvrement (3). Il ne faut pas, comme le dit très-bien la cour de Pau, que les aliments deviennent un moyen de se dispenser du travail, auquel Dieu nous a tous destinés; donc les tribunaux doivent fixer le taux de la pension de manière que celui à qui elle est accordée soit tenu de travailler s'il le peut (4). Le juge peut même et il doit refuser tout secours alimentaire, si celui qui le réclame ne fait aucun effort sérieux pour se procurer des moyens d'existence, si son dénûment provient du désordre et de l'oisiveté où il vit (5); accorder des aliments dans ce cas, serait chose immorale, puisque ce serait nourrir la fainéantise et les vices qu'elle engendre. Tout au plus le tribunal pourra-t-il allouer des secours temporaires et pour un bref délai, en attendant que le demandeur trouve des moyens de subsistance (6).

La maxime que celui qui peut travailler n'a pas droit à des aliments, doit s'entendre avec une restriction. Si les besoins sont une chose relative, il en est de même du travail. Il faut considérer la position sociale de la famille, l'éducation qui a été donnée à l'enfant, la carrière à laquelle il a été destiné. Personne ne songera refuser les

(1) Arrêt de Liége du 11 juin 1864 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 172).
(2) Arrêt de Trèves du 13 août 1810 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 657).
(3) Arrêt du 8 juillet 1850 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1850, 1, 226).
(4) Arrêt du 15 décembre 1852 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1853, 2, 88).
(5) Arrêt de Paris du 18 janvier 1862 (Dalloz, 1862, 2, 60), confirmé par la cour de cassation (arrêt du 7 juillet 1863, dans Dalloz, 1863, 1, 400).
(6) Arrêt de Bruxelles du 17 avril 1867 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 145).

aliments à un jeune avocat, par la raison qu'il pourrait trouver des moyens de subsistance en se faisant ouvrier de fabrique. Il est arrivé que des parents riches mais dénaturés ont refusé des aliments à leur fille, en disant qu'elle n'avait qu'à s'engager comme domestique. La cour de Colmar a repoussé cette étrange défense (1). Les tribunaux doivent maintenir les enfants dans des habitudes d'ordre et de travail, mais ils doivent aussi rappeler les parents à leur devoir; si ceux-ci ont de la fortune, s'ils ont élevé leurs enfants conformément à cette fortune, ils ne peuvent pas exiger que, pour se procurer des aliments, ils se livrent à des travaux manuels (2).

72. Celui qui réclame des aliments doit-il prouver qu'il est dans le besoin? La doctrine et la jurisprudence décident que le demandeur n'a rien à prouver, parce que exiger la preuve qu'il est dans le besoin, ce serait lui imposer une preuve négative, et il est de principe que l'on ne peut pas prescrire une preuve négative, parce qu'il est impossible de l'administrer (3). Cela nous paraît trop absolu. On lit dans un arrêt de la cour de Bruxelles que la mère demanderesse n'est pas obligée de justifier de son état d'indigence, puisque le fondement de son action réside dans un devoir qu'impose la nature et que prescrit la loi (4). Non, le fondement de l'action alimentaire est le *besoin* de celui qui réclame des aliments; d'après les principes généraux qui régissent la preuve, ce serait donc au demandeur à prouver qu'il est dans le besoin. Est-il vrai que cette preuve est impossible, parce qu'elle porte sur un fait négatif (5)? La preuve serait négative si le demandeur ne possédait absolument rien et n'avait aucun moyen de subsistance; mais aussi, dans ce cas, il est difficile de croire qu'il y ait une contestation. Le débat n'est possible que si le demandeur a quelques ressources. Qui mieux que lui peut le savoir? C'est donc au demandeur à faire con-

(1) Arrêt de Colmar du 7 août 1813 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 658).
(2) Arrêt de Rennes du 12 juin 1810 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 621).
(3) Duranton, t. II, p. 374, n° 410. Demolombe, t. IV, p. 57, n° 47.
(4) Arrêt du 21 juillet 1825 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 660, 2°).
(5) Arrêt de Colmar du 23 février 1813 (Dalloz, *ibid.*, n° 660, 1°).

naître l'état de sa fortune, sauf au défendeur à contester, s'il y a lieu.

N° 2. PRESTATION DES ALIMENTS.

73. L'article 210 porte : « Si la personne qui doit fournir les aliments justifie qu'elle ne peut payer la pension alimentaire, le tribunal pourra, en connaissance de cause, ordonner qu'elle recevra dans sa demeure, qu'elle nourrira et entretiendra celui auquel elle devra des aliments. » Il résulte de là que la règle générale est que le débiteur doit payer une pension alimentaire à celui qui a droit aux aliments; il n'est pas admis à fournir les aliments en nature, en recevant chez lui celui auquel il les doit. Le législateur a craint que la personne qui est dans le besoin ne fût pas traitée avec les égards dus à l'infortune; or, les aliments sont un droit, ce n'est pas une aumône; il fallait donc éviter que le créancier ne fût considéré comme un mendiant. Toutefois la règle n'est pas absolue. Il est aussi de principe que les aliments sont accordés dans la proportion de la fortune de celui qui les doit; si les facultés du débiteur ne lui permettent pas de payer une pension en argent, le tribunal pourra l'autoriser à les fournir en nature, ce qui est beaucoup moins onéreux. La loi dit que le tribunal *pourra* ordonner la prestation des aliments à domicile, et elle ajoute : *en connaissance de cause*. Donc, alors même que le débiteur ne serait pas en état de payer une pension, le tribunal pourra néanmoins décider que les aliments seront fournis en argent, sauf, bien entendu, à diminuer le chiffre de la pension alimentaire. Le législateur a pensé, et avec raison, que mieux valait une pension moins élevée, que d'exposer celui qui a besoin d'aliments à les recevoir dans une famille où il serait moralement maltraité.

La règle générale s'applique aux ascendants qui demandent des aliments à leurs descendants ou à leurs gendres et belles-filles. Il a été jugé que les ascendants ont droit de réclamer une pension alimentaire, à moins qu'il ne

soit *absolument* impossible aux débiteurs de la payer (1). C'est, en effet, un droit pour les ascendants, aux termes de l'article 210. Mais le droit n'est pas absolu, les tribunaux pouvant ordonner la prestation en nature ; de sorte qu'en définitive la question se traduit en un débat de fait: le débiteur peut-il payer une pension alimentaire? En supposant qu'il ne le puisse pas, y a-t-il à craindre que l'ascendant ne soit exposé à des humiliations? Le juge décidera d'après les circonstances (2).

74. L'article 211 établit une règle spéciale pour le cas où l'enfant demande des aliments à ses père et mère : « Le tribunal prononcera également si le père ou la mère qui offrira de recevoir, nourrir et entretenir dans sa demeure l'enfant à qui il devra des aliments, devra dans ce cas être dispensé de payer la pension alimentaire. » En comparant l'article 211 avec l'article 210, on voit que le législateur n'oblige pas le père qui offre de recevoir son enfant chez lui, à justifier qu'il ne peut pas payer la pension; donc, alors même qu'il serait en état de payer une pension alimentaire, les tribunaux peuvent lui permettre de prester les aliments en nature. On comprend la raison de cette espèce de faveur ; la loi ne peut pas supposer que l'enfant sera maltraité par le père qui lui doit des aliments, et qui demande à les prester en nature. Toutefois, elle abandonne la décision de la question à la sagesse des tribunaux. Le juge peut donc refuser l'offre du père et le condamner à payer une pension alimentaire (3). Un arrêt de la cour d'Aix a refusé, et à juste titre, l'offre du père de recevoir chez lui sa fille qui était dans le besoin, car le père avait une telle aversion pour son enfant qu'il lui refusait même les choses de première nécessité (4).

On demande si les ascendants autres que père et mère peuvent se prévaloir de la disposition de l'article 211. La question est controversée. D'après les principes qui régissent l'interprétation des lois, elle ne souffre pas de doute.

(1) Arrêt de Potiers du 25 nov. 1824 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 684, 3°).
(2) Arrêt de Colmar du 25 déc. 1827 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 685).
(3) Arrêt de Bruxelles du 31 décembre 1852 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 251).
(4) Arrêt du 3 août 1807 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 686, 3°).

La règle est que le débiteur doit payer une pension alimentaire, à moins qu'il ne justifie que ses moyens ne le lui permettent pas. A cette règle, la loi fait une exception en faveur du père ; or, les exceptions ne s'étendent pas, même par voie d'analogie. Qu'importe donc que le droit ancien ait admis l'exception en faveur des ascendants? Qu'importe que les ascendants aient en général pour leurs descendants la même affection que le père a pour ses enfants ? Toutes ces considérations s'adressent au législateur et non à l'interprète (1).

§ V. *Quand cesse l'obligation alimentaire.*

75. Elle peut cesser de fait ou de droit. « Si celui qui fournit les aliments est replacé dans un état tel qu'il ne puisse plus en donner, en tout ou en partie, la décharge ou réduction peut en être demandée. » De même, si celui qui reçoit les aliments n'en a plus besoin, en tout ou en partie, la décharge ou réduction en peut aussi être demandée (art. 209). Ces dispositions sont une conséquence du principe qui régit l'obligation alimentaire; ce n'est pas une dette fixe et absolue, elle n'existe que dans le cas où l'une des parties a besoin d'aliments et où l'autre peut les fournir. De là suit que les besoins diminuant ou cessant, ainsi que les facultés, la dette aussi diminue ou cesse.

On demande qui peut intenter l'action en réduction ou en décharge. D'après le droit commun, les créanciers peuvent exercer tous les droits de leur débiteur, mais il y a exception pour les droits qui sont exclusivement attachés à la personne. La question est de savoir si la réduction ou la décharge de la dette alimentaire rentre dans la règle établie par l'article 1166, ou si elle est comprise dans l'exception. Il a été jugé que celui qui doit les aliments peut seul agir en réduction ou en décharge; que ses créanciers ne le pourraient qu'en cas de dol ou de

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. III, p. 700, note 35, § 552. — En sens contraire, Demolombe, t. IV, p. 70, n° 60.

fraude (1). Ces arrêts ne sont pas motivés; ils supposent, comme une chose évidente, que la dette alimentaire est personnelle dans le sens de l'article 1166. Sans doute, elle l'est, puisqu'elle se fonde sur le lien du sang, sur l'affection; nous en avons déduit la conséquence qu'elle ne passe pas aux héritiers. Mais faut-il conclure de là que le droit d'en demander la réduction ou la décharge est aussi personnel? Une fois que la dette est fixée, elle devient une charge pécuniaire; si celui qui reçoit les aliments n'en a plus besoin, la charge cesse; que si, dans ce cas, le débiteur continue à servir la pension alimentaire, il fait une véritable libéralité; or, les donations tombent certes sous l'application de l'article 1166, en ce sens que les créanciers peuvent demander que leur débiteur cesse de payer une dette qui n'existe plus. On pourrait croire que c'est le cas d'appliquer l'article 1167, aux termes duquel les créanciers peuvent attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leur droit; telle a sans doute été la pensée de la cour de Paris dans l'arrêt que nous venons de citer. Nous croyons que c'est l'article 1166 qui doit être appliqué. Celui qui fournit les aliments a une action en réduction ou en décharge; il ne l'intente pas, ses créanciers peuvent agir en son nom. Il en serait de même si sa fortune diminuait, et s'il continuait à payer la pension alimentaire; il ne s'agit pas de fraude dans ce cas, mais d'un sentiment de piété qui est exagéré. Les créanciers n'en doivent pas souffrir. Dès lors nous ne voyons pas pourquoi ils n'auraient pas l'action en réduction ou en décharge.

76. La dette alimentaire cesse dans les deux cas prévus par l'article 206. D'abord quand la belle-mère convole en secondes noces, elle n'a plus le droit de demander des aliments à ses gendres et belles-filles. Il n'en est pas de même quand le beau-père se remarie, il conserve son droit. Quelle est la raison de cette différence? On dit que la belle-mère qui se remarie tombe sous puissance de son mari, que si donc la pension alimentaire lui était conti-

(1) Arrêt de la cour de cassation du 30 mai 1820 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 717). Arrêt de Paris du 27 décembre 1849 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1850, 5, 23).

nuée, c'est le mari qui en profiterait plutôt qu'elle. Mais, en fait, n'en sera-t-il pas de même quand le beau-père se remarie? On dit encore que la loi voit avec défaveur le mariage d'une belle-mère qui, ayant déjà des enfants mariés, convole en secondes noces. Mais le mariage du beau-père, qui lui aussi a des enfants mariés, mérite-t-il plus de faveur?

L'article 206 dit que l'obligation des gendres et belles-filles cesse lorsque la belle-mère convole en secondes noces. On demande si le droit aux aliments que les gendres et belles-filles ont contre la belle-mère cesse aussi. D'après le texte, il faut dire que leur droit subsiste. La dette alimentaire ne s'éteint que par les causes que la loi établit. Or, la loi dit bien que l'obligation des gendres et belles-filles cesse, en cas de convol de la belle-mère; elle ne dit pas que l'obligation de la belle-mère cesse. Cela décide la question (1). On objecte l'article 207 qui porte : « Les obligations résultant de ces dispositions sont réciproques. » On en conclut que quand l'obligation cesse à l'égard des gendres et belles-filles, elle cesse aussi à l'égard de la belle-mère. Mais l'article 207 ne dit pas cela; il établit la réciprocité pour la dette alimentaire créée par les articles 205 et 206; il ne dit pas que lorsque la belle-mère perd son droit aux aliments par son convol en secondes noces, elle cesse aussi d'être tenue à l'égard de ses gendres et belles-filles. Il n'y a donc pas de texte qui prononce l'extinction de l'obligation alimentaire; partant elle subsiste (2).

Il va sans dire que les enfants du premier lit restent tenus de la dette alimentaire à l'égard de leur mère qui se remarie. L'article 206 ne concerne que les alliés. Cela ne peut pas faire l'ombre d'un doute. Il y a cependant eu un débat judiciaire et un arrêt (3).

Il est également certain que l'obligation éteinte par le convol de la belle-mère ne revit point si le second mariage vient à se dissoudre. De même qu'il faut un texte pour

(1) Demolombe, t. IV, p. 30, n° 27. Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 409, n° 288 *bis* II.
(2) Les auteurs sont divisés. Voyez Dalloz, au mot *Mariage*, n° 633.
(3) Arrêt de Colmar du 5 janvier 1810 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 634.

éteindre une obligation légale, il faut aussi un texte pour faire revivre celle que la loi a déclarée éteinte (1).

77. Si la bru se remarie, la belle-mère et le beau-père lui doivent-ils encore des aliments? Nous ne comprenons pas que la question soit discutée. Une obligation légale peut-elle s'éteindre sans texte? Poser la question, c'est la résoudre. Vainement dit-on qu'il y a même motif pour la bru que pour la belle-mère (2). L'analogie, en supposant qu'elle existe, ne suffit point; il faut un texte, et il n'y en a pas. Cela est décisif.

78. L'obligation alimentaire cesse encore entre alliés « lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés (art. 206). » On dit que dans ce cas l'alliance est éteinte, et le texte même de l'article 206 semble le dire. Cependant la loi ne le dit pas d'une manière formelle, et il faudrait un texte pour que l'on pût admettre que le lien de l'alliance est détruit. Il est certain que, pour les empêchements au mariage, le lien subsiste. Si donc la loi déclare l'obligation alimentaire éteinte, c'est par des considérations de fait plutôt que par des motifs de droit (3).

Il s'est présenté une singulière difficulté dans l'application de l'article 206, n° 2. Une veuve n'ayant pas d'enfants se déclare enceinte, il est nommé un curateur au ventre. Puis elle réclame des aliments, tant dans son intérêt que dans l'intérêt de l'enfant qu'elle porte. Le beau-père et la belle-mère opposent qu'il n'y a pas d'enfant issu du mariage, et que l'enfant conçu ne peut pas demander d'aliments tant qu'il n'est pas né viable. Nous croyons, avec le tribunal de Marseille, qu'il y avait lieu, dans l'espèce, d'accorder des aliments à la veuve (4). L'enfant conçu est censé né quand il s'agit de son intérêt; et qui pourrait nier qu'il soit intéressé à ce que sa mère reçoive des aliments? Ne vit-il point de la vie de sa mère? Or, dès qu'il est censé né, l'alliance subsiste, ainsi que la dette alimentaire.

(1) Arrêt de Rennes du 5 mai 1826 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 636).
(2) C'est l'opinion de Demolombe, t. IV, p. 30, n° 28.
(3) Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 409, n° 288 *bis* III.
(4) Jugement du 12 déc. 1862 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1863, 5, 23).

§ VI. *De la répétition des aliments.*

79. Celui qui a fourni les aliments peut-il les répéter? Cette question donne lieu à de sérieuses difficultés. Un premier point est certain, c'est que celui qui a reçu les aliments ne peut pas être tenu à une restitution, dans le cas où il acquerrait quelque fortune. L'article 206 permet alors à celui qui fournit les aliments d'en demander la décharge ou la réduction; l'obligation cesse donc pour l'avenir, mais la loi ne permet pas de répéter ce qui a été payé; et, d'après les principes généraux, il ne peut pas être question de répétition; celui qni a fourni les aliments a payé ce qu'il devait, car les aliments sont une dette, donc celui à qui ils ont été fournis a reçu ce qui lui était dû; or, la répétition n'est admise que si une personne qui, par erreur, se croyait débitrice, a acquitté une dette (art. 1377) (1). Pour qu'il y eût lieu à répétition en fait d'aliments, il faudrait donc supposer qu'ils ont été fournis à celui qui n'était pas dans le besoin, alors que l'on croyait qu'il n'avait pas les moyens de pourvoir à sa subsistance. On appliquerait, dans ce cas, les principes qui régissent le payement indû.

80. Les aliments peuvent-ils être répétés par celui qui les a fournis, sans y être obligé, contre la personne à laquelle la loi impose cette obligation? Il y aurait lieu à répétition dans le cas où celui qui a payé la dette alimentaire l'a fait comme gérant d'affaires. Il faut donc que les conditions requises pour qu'il y ait gestion d'affaires existent. Une condition essentielle, c'est que les aliments n'aient pas été fournis dans un esprit de libéralité. L'ascendant qui élève son petit-fils, alors que le père vit, n'aura pas la répétition contre le père, s'il l'a fait à titre gratuit. Il pourrait agir s'il avait fourni les aliments avec

(1) Arrêt de la cour de Caen du 6 mai 1812 (Dalloz, au mot *Mariage* n° 613).

l'intention de les répéter. Les aliments ont-ils été fournis à titre gratuit ou à titre onéreux? C'est une question de fait, qui doit être décidée d'après les circonstances. Si les aliments ont été payés avec l'intention de les répéter, dans ce cas naît la question de savoir par quelle action la répétition se fera. On décide d'ordinaire qu'il y a dans ce cas gestion d'affaires. Cela est trop absolu. La gestion d'affaires est un quasi-contrat, elle suppose donc qu'il n'y a pas concours de consentement au moment où la gestion commence. Si le père sait que l'ascendant se charge de ses enfants, il y a mandat tacite plutôt que gestion d'affaires.

Une femme quitte le domicile conjugal avec son jeune enfant et se retire chez son père, dans l'intention de demander la séparation de corps. L'aïeul les reçoit chez lui, et pourvoit à l'entretien de l'enfant. Peut-il répéter les aliments contre le père? La cour de Douai a décidé que, dans l'espèce, tout prouvait que les aliments fournis par le grand-père n'étaient pas un acte de libéralité, que partant il avait une action en répétition contre le père, comme ayant payé la dette alimentaire en son lieu et place (1). Est-ce l'action de gestion d'affaires? Le père connaissait certainement le départ de sa femme; en laissant l'enfant chez son grand-père, il consentait tacitement à ce que celui-ci fournît les aliments; il y avait donc mandat et non gestion d'affaires.

La mère naturelle élève ses enfants au vu et au su du père. A-t-elle une action en répétition contre le père pour la part que celui-ci doit supporter dans la dette? La cour de Toulouse a jugé que la mère avait l'action de gestion d'affaires(2). Il est certain qu'en principe la mère a une action contre le père, puisque l'obligation alimentaire est commune au père et à la mère. Dans l'espèce, comme le dit très-bien la cour, le père ne pouvait pas mettre à la charge de la mère une dette qui lui incombait, en délaissant les fruits malheureux d'un commerce dont il avait longtemps partagé la honte, et dont maintenant il répudiait l'onéreuse respon-

(1) Arrêt du 22 août 1849 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1850, 2, 66).
(2) Arrêt du 25 juillet 1863 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1863, 2, 140).

sabilité. Mais y avait-il gestion d'affaires, comme le dit l'arrêt? Le père a beau délaisser la mère et les enfants, il n'en reste pas moins obligé; et s'il laisse payer cette dette par la mère, il y a consentement tacite de sa part à ce qu'elle acquitte la dette qui leur est commune, donc mandat.

Il s'est présenté des cas où il n'y a ni gestion d'affaires ni mandat. La mère d'un enfant naturel l'entretient pendant toute sa vie, mais sans le reconnaître. A la mort de l'enfant, l'Etat réclame un capital qui avait été légué à l'enfant. La cour de Paris admit la demande de l'Etat, mais elle adjugea le capital à la mère, à titre d'indemnité pour les frais de nourriture (1). C'est évidemment un arrêt de faveur, ce n'est pas une décision juridique. La mère avait-elle la moindre pensée de gérer l'affaire de l'enfant? Non, certes, elle remplissait un devoir. Vainement dirait-on que ce devoir n'était pas légalement constaté. Cela est vrai, mais il n'en résulte pas que la mère ait été gérant d'affaires, et encore moins mandataire; donc elle était sans action.

Il n'y aurait pas davantage lieu à répétition des aliments s'ils avaient été fournis dans un esprit de libéralité. La cour de cassation l'a décidé ainsi pour les aliments fournis par un oncle à son neveu (2). Cette décision est très-juridique : il ne peut résulter aucune action d'un acte de bienfaisance. Le contraire a été jugé par la cour de Metz. Un enfant est inscrit sous le nom de sa mère; il est recueilli par un tiers qui se charge volontairement de son entretien, sans aucune condition. Puis le père le reconnaît. Il est tenu à nourrir son enfant; un tiers a rempli cette obligation pour lui, il doit l'indemniser. La cour fonde cette singulière décision sur un argument plus singulier encore, sur l'article 1382 (3)! C'est une décision d'équité et, comme telle, nous y applaudissons. Mais l'équité ne donne pas d'action, ni la bienfaisance non plus.

(1) Arrêt de Paris du 26 avril 1852 (Dalloz, 1853, 2, 181) et la critique de Dalloz, au mot *Paternité*, n° 681.
(2) Arrêt du 22 nivôse an XI (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 728).
(3) Arrêt de Metz du 8 janvier 1833 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 687).

Il en serait de même si les aliments étaient fournis, contre le gré de son père, à un enfant qui déserte la maison paternelle. La cour de Bruxelles a très-bien jugé que, dans ce cas, le père n'était pas tenu de payer les dettes que son fils avait faites, même pour sa subsistance (1).

81. La répétition peut-elle être exercée contre celui qui a reçu les aliments? Il y a de nombreux arrêts qui admettent l'action de l'instituteur contre ceux à qui il a fourni des aliments. Nous croyons avec Merlin qu'il faut distinguer. Il y a un cas dans lequel il n'y a aucun doute. Si le tiers qui a fourni les aliments l'a fait sans mandat, mais avec l'intention de les répéter contre ceux qui les reçoivent, il y a gestion d'affaires, dit Merlin; nous dirions plutôt qu'il y a action *de in rem verso*, c'est-à-dire que les aliments peuvent être répétés contre ceux à qui ils ont profité. Il n'y a pas de gestion d'affaires, parce que l'on ne peut pas dire que celui qui fournit les aliments aux enfants le fait à leur insu; il y aurait mandat s'ils étaient capables de consentir. En réalité, il n'y a ni mandat ni gestion d'affaires; il y a une action fondée sur cette maxime que personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui; c'est ce qu'on appelle l'action *de in rem verso*, parce qu'elle est limitée au profit que le défendeur a retiré de dépenses faites dans son intérêt.

Il est rare que ce cas se présente pour l'instituteur. Les enfants lui sont confiés par le père, il y a donc mandat, et il va sans dire que l'instituteur a action contre le mandant. Mais a-t-il aussi une action contre les enfants? Merlin dit que non. Il est, en effet, de principe que le mandataire n'a pas d'action contre celui au profit duquel le mandat est contracté (2). Merlin n'admet d'action indirecte que dans un cas, lorsque le père lui-même peut répéter les aliments contre ses enfants; ce qui a lieu quand les enfants ont des biens personnels. L'instituteur agit alors en vertu de l'article 1166; il exerce contre l'enfant l'action qui appartient

(1) Arrêt du 19 janvier 1811 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 665).
(2) Pothier, *Traité du mandat*, n°s 82 et 83.

au père. Hors ce cas, l'instituteur n'a pas d'action contre l'enfant (1). Il y a un arrêt en ce sens (2).

La jurisprudence, en général, est contraire; mais nous y avons vainement cherché des principes certains, nous n'avons trouvé que des considérations d'équité. Sans doute, l'équité proteste contre les enfants qui reçoivent l'éducation et qui refusent ensuite de payer les dépenses qui leur ont profité. Mais l'équité seule ne fonde ni droit ni obligation. D'où naissent les obligations? De la loi, des contrats, des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits. Dans l'espèce, il y a un contrat, c'est le mandat intervenu entre le père et l'instituteur. L'instituteur a donc action contre le mandant, et il ne peut avoir d'action que contre lui, sauf l'action indirecte dont nous venons de parler. On prétend qu'outre le mandat qui se contracte entre l'instituteur et le père, il se forme un quasi-contrat de gestion d'affaires entre l'instituteur et les enfants (3). Cela est difficile à admettre. De gestion d'affaires proprement dite, il n'y en a pas, comme nous l'avons déjà remarqué. Il n'y aurait donc lieu qu'à l'action *de in rem verso;* mais cette action suppose qu'il n'y a ni contrat ni quasi-contrat. Or, dans l'espèce, il y a un contrat. Peut-il y avoir, dans un seul et même fait juridique, un contrat et une espèce de quasi-contrat? Nous ne le croyons pas.

La cour de cassation a senti la difficulté, elle l'a éludée plutôt que résolue; elle n'invoque aucune loi, il n'y en a pas; elle dit seulement que les cours impériales, en donnant action à l'instituteur contre les enfants, se sont conformées à l'équité et n'ont contrevenu à aucune loi (4). Mais n'est-ce pas contrevenir à la loi que d'admettre une action contre celui qui n'est pas obligé en vertu de la loi?

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Aliments*, § 1er, article 1er, n° 6 (t. 1er, p. 316 et suiv.).

(2) Arrêt de Paris du 17 novembre 1838 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 736).

(3) Arrêt d'Aix du 11 août 1812 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 736, 1°). Arrêt de Toulouse du 26 juin 1841 (*ibid.*, p. 371). Arrêt de Pau du 19 janvier 1852 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1852, 2, 198). Comparez Demolombe, t. IV, p. 97, n° 76.

(4) Arrêt du 17 mars 1857 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1857, 1, 151). Comparez arrêt du 29 juin 1843 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 736, p. 371).

CHAPITRE VI.

DES DROITS ET DES DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX.

SECTION I. — Des devoirs communs aux deux époux.

§ Ier. *Principes généraux.*

82. Le mariage est une société. Dans les sociétés ordinaires, les associés sont égaux ; il n'en est pas de même de la société conjugale. En se mariant, la femme tombe sous la puissance du mari. Le code Napoléon ne prononce pas le mot de *puissance maritale*, mais il consacre la chose en disant que « le mari doit protection à sa femme et la femme obéissance à son mari ». Le principe qui régit les rapports des époux est donc le principe de l'inégalité. Pothier le dit en termes formels : « La puissance du mari sur la personne de la femme consiste dans le droit qu'a le mari d'exiger d'elle tous les devoirs de *soumission* qui sont dus à un *supérieur* (1). » Il y a donc un supérieur et un inférieur dans le mariage, partant dépendance et inégalité. Pothier ajoute que cela est de droit naturel. Portalis va nous dire quelles sont les raisons, dites de droit naturel, qui justifient la puissance maritale.

« On a longtemps disputé, dit Portalis, sur la préférence ou l'égalité des deux sexes. Rien n'est plus vain que ces disputes. » Nous ne partageons pas ce dédain des discussions philosophiques sur l'égalité. Ce sont les principes qui régissent le monde : et deux principes aussi différents que celui de l'égalité et de l'inégalité doivent avoir et ont réellement des conséquences bien différentes, en droit et même en morale. Ce n'est donc pas une vaine dispute de mots. Portalis continue et dit qu'il y a entre l'homme et la femme des rapports et des différences. Sans doute, il y a

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 1.

des différences, mais n'y en a-t-il pas entre les hommes aussi? Chaque individu est doué de facultés spéciales et a, par conséquent, une mission à lui : cela n'a pas empêché la révolution de 89 de proclamer leur égalité. Pourquoi n'en serait-il pas de même de l'homme et de la femme?

Portalis, au contraire, déduit de la différence qui existe *dans leur être* qu'il y a aussi une différence dans leurs droits et dans leurs devoirs. En parlant de droits différents, Portalis n'entend pas toucher la question des droits politiques; il se renferme dans le domaine du droit privé; son but est de justifier l'inégalité que la puissance maritale établit entre les époux. La différence qui existe entre l'homme et la femme n'est pas, comme il le dit, une différence dans leur *être*, c'est une différence de facultés. Cette différence est-elle de nature à justifier la supériorité de l'un et l'infériorité de l'autre? On le prétend : « La force et l'audace sont du côté de l'homme, dit Portalis, la timidité et la pudeur du côté de la femme. » Il en conclut que la femme a besoin de protection parce qu'elle est plus faible, que l'homme est plus libre parce qu'il est plus fort. Voilà une conséquence que nous ne saurions admettre. En disant que l'homme est le plus fort, entend-on qu'il ait plus de force d'intelligence et de caractère? Si telle était la pensée de Portalis, les faits lui donneraient certes un démenti. Il ne s'agit donc que de la force corporelle; en effet, l'orateur du gouvernement constate que l'homme et la femme ne peuvent pas partager les mêmes travaux, supporter les mêmes fatigues (1). Ce serait donc parce que l'homme a une constitution plus forte qu'il aurait droit à la prééminence! Voilà un droit naturel contre lequel la conscience moderne proteste. Non, la force ne donne pas la puissance, elle impose des devoirs. Il y a aussi de ces inégalités entre les hommes, il y a des faibles, il y a des forts; qui oserait dire que le plus fort a le droit de dominer sur le plus faible? La force était la loi du monde ancien; l'humanité l'a remplacée par la loi de l'égalité et de la liberté.

83. Nous n'hésitons pas à affirmer que la puissance

(1) Portalis, Exposé des motifs, n° 62 (Locré, t. II, p. 396).

maritale, telle que Portalis la défend, est en opposition avec les mœurs, les sentiments et les idées de la société moderne. Quand le code civil fut discuté, on entrait dans l'ère de réaction contre les idées de 89. Ecoutons un homme de la Révolution; Condorcet nous dira quelles sont les aspirations de l'humanité en ce qui concerne la prétendue prééminence de l'homme sur la femme. Il qualifie de préjugé l'inégalité des deux sexes. « On chercherait en vain, dit-il, des motifs de la justifier par les différences de leur organisation physique, par celles qu'on voudrait trouver dans la force de l'intelligence, dans leur sensibilité morale. Cette inégalité n'a eu d'autre origine que l'abus de la force, et c'est vainement que l'on a essayé depuis de la justifier par des sophismes (1). » Rien de plus vrai; si nous voulions remonter aux origines de la puissance maritale, nous trouverions partout la force. Mais à quoi bon? Portalis lui-même ne l'avoue-t-il pas? Eh bien, la force qui régnait dans l'ancien monde a été détrônée en 89; la loi de l'inégalité a fait place à celle de l'égalité. Pour mieux dire, la Révolution n'a fait que consacrer la transformation qui s'était opérée dans les mœurs. En dépit du code qui a maintenu la vieille tradition, l'égalité règne dans le mariage comme dans l'ordre politique; ce n'est pas la *protection* et l'*obéissance* qui y dominent, c'est l'affection, lien des âmes; ce n'est pas un maître qui y impose sa volonté et une esclave qui la subit, c'est par voie de délibération commune et de concours de consentement que les décisions s'y prennent. Mais, s'écrie Portalis, comment une société de deux personnes pourrait-elle subsister, si l'on ne donnait pas voix pondérative à l'un des associés (2)? Portalis oublie qu'il peut très-bien y avoir des sociétés de deux personnes, sans que l'une ait la prééminence sur l'autre. Si les associés sont en dissentiment, le tribunal décide. Il en est même ainsi dans la société conjugale, malgré la puissance maritale. Quand le mari refuse d'autoriser la femme à faire un acte juridique, la femme peut

(1) Condorcet, *Esquisse des progrès de l'esprit humain.*
(2) Portalis, Discours préliminaire, n° 42 (t. Ier, p. 165).

s'adresser à la justice. Quand le mari ne fournit pas à la femme l'entretien auquel elle a droit, il y a encore recours au juge. Pourquoi n'organiserait-on pas un recours dans tous les cas où les époux sont en désaccord?

Nous n'insistons pas, parce que notre objet n'est pas de critiquer la loi, mais d'en exposer les principes. Remarquons toutefois avec Condorcet les funestes conséquences qui découlent du préjugé de l'inégalité. La femme n'est pas l'égale de l'homme, donc elle ne doit pas jouir, au même titre, des bienfaits de l'éducation. Il est entendu qu'elle doit avoir une religion, tandis que le mari sera libre penseur. Qui ne sait la belle harmonie qui règne dans les ménages où la femme est l'esclave de la superstition! Il est entendu aussi que la femme doit être plus morale que l'homme; libre au mari d'adultérer tant qu'il lui plaira : la loi ne trouve rien à y redire, pourvu qu'il prenne soin de ne pas tenir sa concubine dans la maison commune! La loi de l'égalité est plus sévère tout ensemble et plus bienfaisante. Elle veut que les époux vivent de la même vie intellectuelle et morale; elle leur reconnaît les mêmes droits, mais aussi les mêmes devoirs. C'est seulement quand cet idéal sera entré dans nos lois et dans nos mœurs qu'il y aura un véritable mariage!

§ II. *Devoirs spéciaux.*

N° 1. FIDÉLITÉ, ASSISTANCE ET SECOURS.

84. « Les époux se doivent mutuellement fidélité, » dit le code Napoléon (art. 212). Certes, c'est là un devoir commun, le droit naturel nous le dit, et la loi semble consacrer le cri de la conscience. Cependant il n'en est rien. Lisez les articles 229 et 230; vous y verrez que le mari peut demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme, tandis que la femme ne peut demander le divorce pour cause d'adultère de son mari que lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune! Ouvrez le code pénal, et vous y lirez que la femme convaincue d'adultère

sera condamnée à un emprisonnement de trois mois à deux ans; tandis que le mari adultère n'est passible d'aucune peine, à moins qu'il n'ait tenu sa concubine dans la maison conjugale, et dans ce cas même, malgré la circonstance aggravante de l'insulte, il ne sera puni que d'un emprisonnement d'un mois à un an (art. 387-389). Le code de 1810 ne le punissait que d'une amende (art. 339).

Telles sont les leçons de morale que la loi de l'inégalité donne à l'homme! Montesquieu a essayé de justifier cette révoltante inégalité. « Les lois, dit-il, demandent des femmes un degré de retenue et de continence qu'elles n'exigent pas des hommes, parce que la violation de la pudeur suppose dans les femmes un renoncement à toutes les vertus (1). » Si les lois font cela, les lois ont tort; car le législateur ne doit jamais donner des leçons d'immoralité, et il en donne quand il permet à l'homme de violer impunément le devoir de fidélité, tandis qu'il punit cette violation chez la femme. Vainement dit-on que l'adultère de la femme a des conséquences plus graves, puisqu'il introduit dans la famille et met à la charge du mari des enfants qui lui sont étrangers. C'est là une circonstance aggravante qui justifierait une peine plus forte, ce n'est certes pas une raison d'excuser l'adultère du mari. Bien moins encore est-ce une raison pour donner au mari le droit de divorcer, alors qu'on le refuse à la femme. L'inégalité conduit à l'injustice en même temps qu'à l'immoralité.

85. « Les époux se doivent secours et assistance », dit encore l'article 212. Ces deux obligations se rapportent à ce qu'on appelle le poids de la vie. Notre existence a ses misères, besoins physiques et tourments de l'âme. L'époux doit à son conjoint les nécessités matérielles, c'est ce qu'on appelle l'obligation alimentaire; nous en avons parlé. Quant aux consolations, quant au dévouement qui allége les malheurs inévitables attachés à la condition humaine, ces devoirs ressortissent au sentiment plus qu'au droit. C'est le domaine de l'affection conjugale, la plus

(1) Montesquieu, *de l'Esprit des lois*, XXVI, 8.

vive, la plus intense des affections. L'assistance dérivant de la morale plus que du droit, il n'en peut résulter d'action judiciaire. Il n'en est pas de même de l'obligation de se secourir. Toutefois les deux devoirs ont une sanction civile : leur violation peut constituer une injure grave, ce qui est une cause de divorce ou de séparation de corps (art. 231, 306).

N° 2. DE LA VIE COMMUNE.

86. « La femme, dit l'article 214, est obligée d'habiter avec le mari, et de le suivre partout où il juge à propos de résider : le mari est obligé de la recevoir et de lui fournir tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état. » Cette obligation dérive de l'essence même du mariage, puisqu'il implique nécessairement une vie commune. La communauté de vie suppose une seule et même habitation pour les deux époux; cette habitation est celle du mari; c'est la conséquence la plus naturelle, la plus légitime de la puissance maritale. De là le principe établi par l'article 108 que la femme n'a point d'autre domicile que celui de son mari. La loi comprend le domicile de fait aussi bien que le domicile de droit.

Le code Napoléon n'a fait que formuler les principes admis dans l'ancien droit. Pothier dit, presque dans les mêmes termes, que la femme est obligée de suivre son mari partout où il juge à propos d'aller demeurer ou résider; mais il ajoute, pourvu que ce ne soit pas hors du royaume et en pays étranger. Si le mari, dit-il, abjurant sa patrie, voulait s'y établir, la femme, qui doit encore plus à sa patrie qu'à son mari, ne serait pas obligée de l'y suivre (1). Le projet de code reproduisait cette exception; il portait : « Si le mari voulait quitter le sol de la république, il ne pourrait contraindre sa femme à le suivre, si ce n'est dans le cas où il serait chargé par le gouvernement d'une mission à l'étranger exigeant résidence. » Cette

(1) Pothier, *De la puissance du mari*, n° 1.

disposition fut retranchée par le conseil d'État sur la demande réitérée du premier consul : il remarqua, avec raison, que l'obligation de la femme de suivre son mari étant générale et absolue, ne devait recevoir aucune modification (1). Rompre la vie commune, c'eût été rompre le mariage. On ne pouvait pas permettre à la femme de rompre le mariage par sa seule volonté, alors que, dans le système de la puissance maritale, elle n'a point de volonté, puisqu'elle doit obéir à son mari. Quant aux motifs donnés par Pothier, ils tiennent aux idées du vieux régime qui attachait l'homme à la terre où il avait vu le jour ; l'abjuration de la patrie n'est plus un crime d'après notre droit public, c'est un droit qui découle de la liberté individuelle.

87. En principe, le devoir de cohabitation ne souffre donc pas d'exception. Est-ce à dire qu'il soit absolu? Tout le monde admet que l'obligation de la femme d'habiter avec son mari est subordonnée à l'obligation qui incombe au mari de la recevoir selon ses facultés et son état. Il a été jugé que lorsque la maison conjugale est dépourvue des premiers objets de nécessité, la femme n'est pas tenue de l'habiter; le bon sens suffit pour décider que la femme ne peut être obligée d'habiter une maison qui n'est pas habitable, et le droit ajoute que si la femme doit habiter avec le mari, c'est à charge par le mari de la recevoir (2). Les auteurs s'accordent encore à enseigner que si le mari cherchait son existence dans des moyens honteux, ou s'il tenait une concubine dans la maison commune, la femme ne serait pas obligée d'habiter avec lui (3). En effet, l'obligation que la loi impose au mari de recevoir sa femme n'est pas remplie, si le mari offre à la femme les quatre murs et les meubles, ainsi que les nécessités de la vie; cela n'est que l'élément matériel de la vie commune, mais la vie commune est avant tout une vie morale; si la femme ne trouve au domicile conjugal que le déshonneur et l'infamie, il n'y a plus de vie commune, partant pas d'obligation de la femme de la partager. Il a été très-bien jugé

(1) Séance du 5 vendémiaire an XI, n[os] 30 et 32 (Locré, t. II, p. 343 et s.).
(2) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 749, 3°-7°.
(3) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 408, n° 437.

que si le mari, tout en mettant un logement à la disposition de la femme, ne veut pas de vie commune, se tient dans un quartier à part où il refuse de recevoir sa femme, il dispense par cela même sa femme d'habiter la maison conjugale (1). Nous croyons qu'il faut décider, par les mêmes motifs, que si la femme subit de mauvais traitements au domicile du mari, elle ne sera pas tenue d'habiter avec lui. Vainement dit-on que la loi l'oblige à la cohabitation dès que le mari lui fournit les nécessités de la vie selon ses facultés et son état. Non, elle demande plus, elle prescrit la vie commune; et est-ce une vie commune que celle qui consiste en mauvais traitements? On dit que ces excès ou ces injures seront pour la femme une cause de divorce ou de séparation de corps, mais qu'ils ne la dispensent pas du devoir de cohabitation (2). Nous avons déjà rencontré cette objection et nous y avons répondu, avec la jurisprudence, que le divorce est un droit dont la femme peut ne pas user, et qu'il serait immoral de l'y obliger indirectement. Mieux vaut une séparation de fait qui peut venir à cesser, qu'une rupture définitive qui est toujours un grand mal alors même qu'elle est une nécessité (3).

88. L'obligation du mari de recevoir sa femme est-elle absolue? Il a été jugé que le mari n'était pas tenu de recevoir sa femme ni de lui fournir les aliments, quand celle-ci avait déserté le domicile conjugal pour se livrer à l'inconduite (4). Cela est douteux. Sans doute, la femme viole ses devoirs, et aussi longtemps qu'elle ne demande pas à rentrer dans le domicile conjugal, il ne peut être question de lui payer une pension alimentaire. Mais du moment qu'elle veut rétablir la vie commune, il n'y a pas de motif juridique pour le mari de s'y refuser, sauf le moyen extrême du divorce ou de la séparation de corps. Il y a, sous ce rapport, une différence entre le devoir de cohabitation de la femme et le devoir de cohabitation du mari.

(1) Arrêt de cassation du 20 janvier 1830 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 748, 3°).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 117, n° 97.
(3) La jurisprudence est en ce sens (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 749, 8°).
(4) Arrêt de Paris du 29 août 1857 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1858, 2, 27).

Le premier est subordonné à un devoir corrélatif du mari, celui de recevoir sa femme; le second n'a point de corrélatif; il est donc absolu, et ne peut cesser que par la rupture légale de la vie commune.

89. L'obligation de la vie commune a-t-elle une sanction? C'est une des questions les plus controversées du code civil. Elle se présente d'ordinaire pour la femme. Si elle quitte le domicile conjugal, le mari peut-il la forcer d'y rentrer? Et quelles sont les voies de contrainte qu'il peut employer? L'opinion assez généralement suivie est que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire en cette matière (1). Il y a des arrêts qui fondent ce prétendu pouvoir sur le silence de la loi. Le code établit un devoir, pour mieux dire une obligation civile; il ne dit rien de la sanction de ce devoir : en faut-il conclure qu'il s'en rapporte aux tribunaux (2)? Ce raisonnement nous paraît très-peu juridique. En principe, les tribunaux n'ont point de pouvoir discrétionnaire pour ce qui regarde l'exécution forcée des obligations légales ou conventionnelles; le code de procédure trace ces voies, et le juge n'en peut pas prescrire d'autres. Cela se conçoit : les voies d'exécution sont de droit public; or, rien de ce qui touche le droit public n'est abandonné à l'arbitraire des tribunaux. Pour qu'il en fût ainsi, il faudrait une volonté clairement manifestée du législateur. On prétend que les auteurs du code ont voulu, dans le cas de l'article 214, laisser plein pouvoir au juge (3). Mais la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat ne dit pas cela. La question qui y fut débattue n'était pas même la nôtre. On demandait si la femme serait obligée de suivre son mari à l'étranger. C'était l'avis du premier consul. Réal objecta qu'il ne voyait pas de moyen de forcer la femme; Regnauld répondit que le mari sommerait la femme de le suivre, et que si elle persistait dans son refus, elle serait censée l'avoir abandonné. Ce n'était pas répondre à l'objection; Réal répliqua qu'il fallait un ugement qui commandât à la femme de suivre son mari;

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 119, n° 100
(2) Arrêt de Bruxelles du 1er avril 1824 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 759).
(3) Arrêt d'Aix du 23 mars 1840 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 762, 4°).

mais comment parviendrait-on à l'exécuter? Le premier consul dit que le mari cesserait de donner des aliments à la femme. Boulay finit par remarquer que toutes ces difficultés devaient être abandonnées aux mœurs et aux circonstances (1). Voilà la discussion d'où l'on veut induire que le législateur donne un pouvoir discrétionnaire aux tribunaux. Les paroles de Boulay que l'on cite sont un de ces propos qui n'expriment qu'un sentiment individuel. Encore ne dit-il pas ce qu'on lui fait dire ; il dit plutôt le contraire. En effet, si c'est une question de *mœurs*, par cela seul les tribunaux n'ont pas à intervenir. Et rien de plus vrai, comme nous allons le voir.

90. La seule sanction juridique dont il ait été question au conseil d'Etat, est celle que le premier consul mit en avant. Si la femme quitte le domicile conjugal, il est certain que le mari ne lui doit plus d'aliments, car c'est au domicile du mari qu'elle les doit recevoir. Il y a des arrêts en ce sens (2), et cela ne peut faire l'ombre d'un doute. Mais cette sanction ne suffit point. Si la femme ne demande pas d'aliments, il n'y a pas lieu à les refuser. Si la femme est mariée sous le régime de la séparation de biens ou sous le régime dotal, elle dispose elle-même de tout ou de partie de ses revenus. Dans ce cas, elle n'a pas besoin d'aliments, et par suite l'obligation de cohabiter avec son mari n'aura pas cette sanction. N'y en a-t-il pas d'autre?

91. Le mari peut-il saisir les revenus de la femme et se mettre en possession de ses biens? Cela suppose que les époux sont mariés sous le régime de la séparation de biens, ou sous le régime dotal. La femme a, dans ces deux régimes, le droit de jouir de ses biens, sauf les biens dotaux proprement dits. Il y a une hypothèse dans laquelle le mari a le droit incontestable de saisir les biens de la femme, c'est quand elle ne remet pas au mari la portion de ses revenus pour laquelle elle doit contribuer aux charges du mariage. La cour de Paris a décidé en ce sens que la femme qui a obtenu la séparation de biens devant

(1) Séance du conseil d'Etat du 5 vendémiaire an x, n° 32 (Locré, t. II, p. 344).
(2) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 757.

supporter, proportionnellement à ses facultés et à celles du mari, les frais du ménage, il y avait lieu d'attribuer à son mari une partie des revenus de sa femme jusqu'au jour de la réintégration de celle-ci dans le domicile conjugal (1).

Mais autre est la question de savoir si le mari peut saisir tous les revenus de sa femme et se mettre en possession de ses biens, pour la forcer à rentrer au domicile conjugal. Nous croyons qu'il faut décider la question négativement et sans hésiter. La femme a le droit d'administrer ses biens et d'en jouir. Pour la priver d'un droit qu'elle tient de sa qualité de propriétaire et de son contrat de mariage, il faudrait un texte. Le droit du propriétaire est absolu, les tribunaux ne peuvent le modifier qu'en vertu de la loi. Vainement dit-on que le créancier peut saisir les biens de son débiteur; il n'y a, dans l'espèce, ni créancier ni débiteur (2). D'ailleurs la saisie des biens est une voie d'exécution qui aboutit à la vente forcée des biens pour satisfaire les créanciers, tandis que, dans l'espèce, la femme serait privée, pendant toute la durée du mariage, de l'administration et de la jouissance de ses biens, ce qui serait un véritable changement aux conventions matrimoniales. On objecte que la saisie est un refus d'aliments, que si le refus d'aliments est permis sous un régime, il doit être autorisé sous tous les régimes. Nous répondons qu'il n'y a pas lieu à refuser des aliments à la femme qui n'en demande pas; que le refus d'aliments n'est légitime qu'en ce sens que la femme doit les recevoir dans la maison conjugale, que si elle la déserte, elle ne peut les réclamer de son mari. Dès lors, il ne peut être question d'un refus d'aliments, quand la femme ne réclame rien. La jurisprudence est divisée; elle se prononce généralement pour la saisie (3), ainsi que les auteurs (4).

(1) Arrêt du 27 janvier 1855 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1855, 2, 208).

(2) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 410-412, nos 438 et suiv.).

(3) Arrêt de Riom du 13 août 1810 (Dalloz, au mot *Mariage*, no 759, 2o). Arrêt de Colmar du 10 juillet 1833 (Dalloz, *ibid.*, no 761). Arrêt de Caen du 14 août 1848 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1850, 2, 185). En sens contraire, arrêt de Pau du 11 mars 1863 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1863, 2, 193).

(4) Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. Ier, p. 219, note 4. Demolombe, t. IV, p. 124, no 105.

92. On demande si la femme peut être condamnée à des dommages-intérêts jusqu'à ce qu'elle réintègre le domicile conjugal? Il y a des arrêts et des auteurs qui admettent cette voie d'exécution. A vrai dire, ce n'est pas une voie d'exécution, c'est une peine, une amende, comme le dit la cour de Bruxelles, laquelle a condamné la femme à payer une somme d'argent par chaque jour de retard qu'elle mettrait à remplir l'obligation de cohabiter avec son mari (1). Ce mot de *peine*, que la cour prononce, n'aurait-il pas dû lui rappeler qu'il n'y a point de peine sans loi pénale? Et comment des jurisconsultes ont-ils pu concevoir l'idée d'appliquer au mariage les principes sur les dommages-intérêts (2)? Comme le dit très-bien la cour de Colmar, il suffit de lire les articles du code sur les dommages-intérêts pour se convaincre qu'il est impossible d'en faire l'application au devoir que la femme a d'habiter avec son mari (3). Aux termes de l'article 1149, les dommages-intérêts dus au créancier sont de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé. Le mari est-il un créancier? Quelle est la perte qu'il fait? Quel est le gain dont il est privé? Ces questions, si naturelles quand il s'agit d'une dette d'argent, deviennent absurdes quand on les pose au sujet d'une obligation morale. De quoi s'agit-il, en définitive? De forcer la femme à rentrer au domicile conjugal. Supposons qu'elle le fasse; est-ce que sa présence matérielle dans la maison qu'habite son mari rétablira cette vie commune qui de deux êtres n'en fait qu'un? Quoi! la femme a déserté la maison conjugale parce qu'elle ne voulait plus de la vie commune, et elle y rentre, non pas parce qu'elle veut la rétablir, mais pour ne pas payer de dommages-intérêts! S'il reste au mari un sentiment d'honneur, ne devrait-il pas être honteux de devoir à l'intérêt ce qu'il demande en vain à l'affection? La vie commune n'est-elle pas une question d'affection? Et comment concilier l'affection avec des peines et des amendes?

(1) Arrêt du 1er avril 1824 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 759 3°).
(2) Duranton, t. II, p. 412, n° 440. Demolombe, t. IV, p. 125, n° 106. En sens contraire, Zachariæ, édition d'Aubry, t. III, p. 320, note 4, § 471.
(3) Arrêt du 10 juillet 1833 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 761).

93. La jurisprudence et la doctrine sont allées plus loin; elles admettent que le mari peut être autorisé par le juge à requérir la force publique pour contraindre sa femme à réintégrer le domicile conjugal. On invoque le principe élémentaire qui permet l'exécution forcée pour tout droit consacré par la loi. Le devoir de la femme de cohabiter avec son mari n'est pas seulement un devoir moral, c'est une obligation civile; il en naît un droit pour le mari; ce droit lui donne action contre la femme; donc sur la demande du mari, le juge doit ordonner à la femme de rentrer dans la maison conjugale. Que deviendrait l'autorité des lois, que deviendrait le respect dû aux sentences des tribunaux, si la femme pouvait braver et le législateur et le magistrat (1)? En lisant ces arrêts, on se rappelle les paroles de Napoléon au conseil d'Etat: « Vous ne savez pas ce que c'est que le mariage! » Sans doute, le devoir de cohabitation est une obligation civile, mais en résulte-t-il que cette obligation puisse être assurée par l'exécution forcée? Voyons la force à l'œuvre. Les gendarmes conduisent la femme dans la maison conjugale. Ils n'y garderont pas la femme à vue, sinon il y aurait atteinte à la liberté individuelle. Le mari ne pourra pas davantage mettre sa femme sous clef. Donc au moment même où, contrainte par la force, la femme met le pied dans le domicile du mari, elle en peut sortir. Faudra-t-il de nouveau recourir à la force? Les gendarmes seront-ils en permanence occupés à transporter au domicile conjugal la femme récalcitrante? Est-ce là rétablir la vie commune? Avouons-le; ici, les gendarmes sont impuissants. Il n'y a pas de force au monde qui puisse contraindre la femme à habiter avec son mari, si elle ne le veut pas (2).

Les auteurs sont divisés. Il y en a, et des meilleurs, qui

(1) Arrêts de Pau du 12 avril 1810 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 762, 1°); de la cour de cassation du 9 août 1826 (Dalloz, *ibid.*, 762 2°); de Paris du 31 mars 1855 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1855, 2, 284); de Nîmes, 20 février et 10 juin 1862 (Dalloz, *ibid.*, 1863, 2, 193); de Pau, 11 mars 1863 (Dalloz, *ibid.*, 1863, 2, 192).

(2) Arrêts de Bourges du 15 juillet 1811 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 761); de Toulouse du 24 août 1818 (*ibid.*, n° 758 1°); de Colmar du 10 juillet 1833 (*ibid.*, n° 761). Les cours de Hollande se prononcent dans le même sens. Voyez deux arrêts rapportés par Dalloz, 1852, 2, 105 et 106.

admettent l'emploi de la force. En vérité, l'argumentation de Zachariæ suivie par Marcadé suffirait pour faire rejeter une doctrine si mal défendue. Le mari, dit le jurisconsulte allemand, a un droit dont l'objet est la personne de la femme : là où je trouve ma chose, je la revendique (1)! Zachariæ oublie que si la femme est une chose, c'est du moins une chose mobilière, et on ne revendique pas les choses mobilières! Marcadé donne un autre tour à cet argument brutal. « Dans le mariage, c'est sa personne même que la femme m'a promise : pourquoi ne pourrais-je pas poursuivre par les voies légales la possession de cette personne (2)? » Pourquoi, ajouterons-nous, n'installerait-on pas les gendarmes dans la chambre nuptiale?... Nous n'achevons pas la question et pour cause!

L'opinion que nous soutenons est enseignée par Delvincourt, Duranton et Duvergier (3). Nous n'admettons pas toutes les raisons que l'on donne pour ou contre notre doctrine. En général, ceux qui repoussent la force invoquent la liberté individuelle ; ils voient dans l'emploi de la force une espèce de contrainte par corps, et par conséquent une violation de l'article 2063, qui défend au juge de prononcer la contrainte par corps, hors les cas déterminés par la loi. A notre avis, il n'y a rien de commun entre l'emploi de la force, dans le but de contraindre une personne de faire ce qu'elle s'est obligée à faire, et la contrainte par corps (4). En principe, nous admettons que le débiteur peut être contraint à remplir son obligation, quand cela se peut, par l'emploi de la force. Il n'y a pas là la moindre atteinte à la liberté individuelle. La liberté serait violée si le débiteur était emprisonné; elle le serait à l'égard de la femme, si elle était enfermée dans le domicile conjugal; elle ne l'est pas si on la force seulement à y rentrer, car elle y est obligée : c'est elle-même qui, en ce sens, s'est privée de la liberté en se mariant. Si nous re-

(1) Zachariæ, édition de Vergé, t. Ier, p. 229, note 4.
(2) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 547, article 214, nº II.
(3) Delvincourt, t. Ier, p. 79, note 4. Duranton, t. II, p. 412, nº 440. Duvergier sur Toullier, t. II, nº 666, note 1, p. 10.
(4) Cela est très-bien démontré dans un arrêt de la cour de Dijon du 25 juillet 1840 (Dalloz, au mot *Mariage*, nº 762 5º).

poussons la force, c'est qu'il ne s'agit pas seulement d'obliger la femme à réintégrer le domicile conjugal, il s'agit de la vie commune; or, ici la force est impuissante. L'obligation, quoique consacrée par la loi, reste un devoir moral, en ce sens que l'exécution forcée en est impossible.

94. Le mari est obligé de recevoir sa femme. S'il s'y refuse, quelle sera la sanction? Il est certain que la femme pourra demander une pension alimentaire. On enseigne aussi qu'elle pourra réclamer des dommages-intérêts. La jurisprudence décide également qu'elle pourra réclamer l'emploi de la force publique à l'effet de se faire ouvrir le domicile conjugal (1). Mais si le mari désertait le domicile conjugal, la femme pourrait-elle demander qu'il y rentrât? Elle le pourrait évidemment; et où serait la sanction? Les auteurs n'en veulent d'autre que des dommages-intérêts. Ce serait une atteinte flagrante à la puissance maritale, dit M. Demolombe (2). Quoi! ce serait violer la puissance maritale que de forcer le mari à remplir son devoir? Pourquoi ne pas appliquer au mari ce qu'on fait à l'égard de la femme? Y a-t-il un droit à part pour le mari? Une seule et même obligation, celle de cohabiter, aura une sanction, s'il s'agit de la femme ; elle n'en aura pas, s'il s'agit du mari! Cela ne prouverait-il pas que la doctrine de la force n'est pas bien solide? A notre avis, il n'y a pas de sanction, sauf le droit pour chacun des époux de demander le divorce ou la séparation de corps.

SECTION II. De l'incapacité de la femme mariée.

§ Ier. *Principes généraux.*

95. La femme mariée est frappée d'incapacité juridique; elle est placée parmi les incapables par le code civil (art. 1124). Quel est le fondement de cette incapacité?

(1) Arrêt de Bruxelles du 7 décembre 1824 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 748, 3°).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 131, n° 110.

Dans l'ancien droit, les auteurs étaient déjà divisés (1) sur ce point, et toute incertitude n'a point cessé sous l'empire de la législation nouvelle. Il y a une première raison assez banale, qu'il faut rejeter, bien qu'en fait elle ait sa part de vérité. On invoquait jadis la légèreté de la femme et son inexpérience pour justifier l'incapacité dont la loi la frappe. Il est certain que les femmes n'ont pas et ne peuvent pas avoir, au même degré que les hommes, l'expérience des affaires. Mais cette différence de capacité influe-t-elle sur le droit? Non, car la femme non mariée ou veuve est aussi capable que l'homme. Puisque ce n'est que la femme mariée qui est incapable, la raison de l'incapacité doit se trouver dans le mariage; en effet, c'est dès l'instant où le mariage se célèbre que l'incapacité commence, et elle cesse lorsque le mariage se dissout. Le mariage place la femme sous la puissance de son mari. Cette puissance doit exercer une influence sur la capacité juridique de la femme; devant obéir en toutes choses à son mari, il ne convient certes pas qu'elle fasse un acte quelconque sans avoir demandé son consentement. C'est la raison que Pothier donne. « La puissance, dit-il, que le mari a sur la personne de sa femme ne permet pas à sa femme de rien faire que dépendamment de lui (2). » On en concluait, dans l'ancien droit, que l'incapacité de la femme était absolue et entraînait une nullité absolue.

Est-ce encore là la théorie du code civil? Non. La dépendance de la femme joue certainement un rôle dans son incapacité, mais ce n'est plus le rôle dominant, comme dans l'ancien droit. Il y a une différence dans les textes qui est remarquable. Les coutumes disaient : « Femme mariée ne peut *aucunement* contracter. » Tandis que l'article 1124 dit que la femme est incapable de contracter *dans les cas exprimés par la loi;* c'est dire que l'incapacité n'est plus absolue, en ce sens qu'elle entraîne une nullité absolue. En effet, l'article suivant pose le principe de la nullité relative. Cela révèle un changement complet de

(1) Merlin, *Répertoire,* au mot *Autorisation maritale,* section II, t. II, p. 170.
(2) Pothier, *Traité de la puissance du mari,* n° 3.

système. Une nullité relative implique qu'elle n'est pas établie pour un motif d'intérêt général. On ne peut donc plus dire avec Coquille que l'incapacité de la femme mariée est fondée sur la décence publique ; il faut dire qu'elle est établie pour sauvegarder les intérêts de ceux qui peuvent se prévaloir de la nullité. Le mari le peut, parce que son autorité a été méprisée. La femme le peut, mais pourquoi? On doit répondre parce qu'elle n'a pas joui de la protection que la loi a voulu lui assurer. Mais quels sont les intérêts que la loi a entendu sauvegarder? La femme mariée n'est plus dans la position où elle se trouvait étant fille ; elle ne peut faire aucun acte juridique qui ne réagisse sur ses enfants, sur son mari ; ainsi les actes qu'elle est dans le cas de faire intéressent toute la famille. Dès lors ne faut-il pas que le chef de la famille intervienne pour la garantie des intérêts communs? Le mariage est une société ; chacun des associés a sa sphère d'action, sa mission : à la femme, les soins du ménage, l'éducation des enfants : au mari, la direction des affaires. En ce sens, son intervention est requise non-seulement parce qu'il a autorité sur sa femme, mais encore parce qu'il doit veiller sur les intérêts généraux de la famille (1).

Cette théorie repose sur les textes du code : nous avons cité les articles 1124 et 1125. Il y a encore d'autres dispositions qui ne peuvent pas s'expliquer par le principe de la puissance maritale. Dans l'ancien droit, le mari mineur pouvait autoriser sa femme ; il ne le peut plus d'après le code. C'est que dans l'ancien droit l'incapacité de la femme n'était fondée que sur la puissance du mari ; or, le mineur a cette puissance aussi bien que le majeur, donc son autorisation devait être demandée. Dans le droit moderne, au contraire, c'est plutôt l'idée de protection qui domine, et à quoi servirait la protection d'un mari mineur qui lui-même a besoin d'être protégé?

Quand le mari est mineur, interdit, absent, la justice est appelée à autoriser la femme. Ici évidemment l'autorité maritale ne joue plus aucun rôle. Si donc l'incapacité de

(1) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, p. 323, § 472.

la femme mariée n'avait d'autre fondement que la puissance du mari, la femme devrait rentrer dans sa capacité naturelle. Si elle reste incapable, si elle a besoin de l'autorisation de justice, cela prouve qu'il y a encore d'autres intérêts en jeu, l'intérêt de la famille qui se confond avec celui de la femme.

96. Le principe que l'incapacité de la femme est fondée sur le mariage a des conséquences importantes. Il en résulte qu'elle est d'ordre public, puisque le mariage est d'ordre public. De là suit que les conventions matrimoniales ne peuvent pas donner à la femme la capacité qu'elle perd en se mariant. L'article 1388 le dit : « Les époux ne peuvent déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme. » Voilà pourquoi les articles 215 et 217, qui établissent l'incapacité de la femme mariée, ajoutent que cette incapacité existe quand même la femme serait non commune ou séparée de biens. Toutefois la règle formulée par l'article 1388 n'est pas absolue; le contrat de mariage peut modifier l'incapacité de la femme. Cela arrive aussi souvent que la femme se réserve l'administration de tout ou de partie de ses biens; elle peut alors faire les actes relatifs à cette administration sans autorisation du mari ni de justice (articles 223, 1536 et 1576).

Du principe que l'incapacité de la femme est une suite du mariage, suit encore qu'elle subsiste pendant toute la durée du mariage. La femme, même séparée de corps, reste incapable, car la séparation de corps rompt seulement la vie commune; elle n'enlève au mari la puissance qu'il a sur sa femme qu'en ce qui concerne le devoir de cohabitation; à tous autres égards, l'autorité maritale subsiste, et par suite l'incapacité de la femme. Toutefois la séparation de corps a une influence considérable sur la capacité de la femme; elle emporte séparation de biens (art. 311); or, la femme séparée de biens a la libre administration de son patrimoine : l'incapacité est donc diminuée.

Le principe a bien d'autres conséquences; nous les exposerons successivement en entrant dans les détails de la matière.

§ II. *Étendue de l'incapacité.*

N° 1. DES ACTES EXTRAJUDICIAIRES.

I. *Règle générale.*

97. L'article 217 porte : « La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, à titre onéreux ou gratuit... » Cette énumération est-elle restrictive? C'est demander si l'incapacité de la femme mariée est générale, ou si elle ne se rapporte qu'à certains actes déterminés par la loi. Il est de principe que la femme est incapable de faire un acte juridique sans autorisation du mari. Les motifs qui ont fait établir l'incapacité sont généraux; la soumission que la femme doit à son mari exige qu'elle obtienne son consentement pour tout acte, et l'intérêt de la famille exige également que le mari prenne connaissance de tous les actes que la femme se propose de faire. Ce principe résulte d'ailleurs de l'ensemble des dispositions du code.

L'article 217 dit : « La femme, même non commune ou séparée de biens. » Ainsi l'incapacité existe sous tous les régimes. Nous venons de dire que c'est une conséquence du principe sur lequel l'incapacité est fondée. Le code déroge, à cet égard, à l'ancien droit. Dans les pays de droit écrit, la femme mariée sous le régime dotal avait la libre disposition de ses biens paraphernaux. C'était une inconséquence évidente. Plus logique, le législateur moderne maintient l'incapacité sous tous les régimes; sauf à se relâcher de sa rigueur, quand la femme a l'administration de ses biens en vertu du contrat de mariage; dans ce cas, elle peut faire les actes qui concernent cette administration sans autorisation maritale, mais elle reste incapable pour tout acte étranger à l'administration.

L'incapacité s'applique à toute espèce d'actes, sans distinguer s'ils sont à titre gratuit ou à titre onéreux. De sorte que la femme a besoin de l'autorisation maritale, même pour accepter une donation qui lui est faite. Il en

était déjà ainsi dans l'ancien droit, en vertu de l'ordonnance de 1731 ; c'était une des rares dispositions applicables aux provinces de droit écrit comme aux pays de droit coutumier ; ce qui prouve que l'incapacité était fondée sur un motif d'ordre public. Il est vrai que, quand la femme acquiert à titre gratuit, elle ne contracte aucune obligation, mais les bonnes mœurs exigent que le mari intervienne pour autoriser l'acceptation.

L'article 217 ne dit pas, comme le faisaient les coutumes, que la femme ne peut aucunement contracter. Toutefois il est certain que la femme mariée est incapable de s'obliger. Cela résulte des textes mêmes du code. L'article 220 porte que la femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce. Cette exception suppose que l'incapacité de s'obliger forme la règle. Les articles 221, 222 et 224 exigent que la femme obtienne l'autorisation de justice pour *contracter,* quand le mari est dans l'impossibilité légale de donner son consentement; *contracter,* c'est s'obliger par convention; donc la femme ne peut s'obliger sans autorisation de justice, ce qui implique de nouveau que son incapacité est générale. Enfin l'article 1121 met les femmes mariées sur la même ligne que les mineurs et les interdits. La loi ajoute, à la vérité, que la femme est incapable de contracter dans les cas prévus par la loi; mais, nous en avons déjà fait la remarque, ces termes ne sont pas restrictifs.

Les textes confirment donc le principe élémentaire qui déclare les femmes mariées incapables de faire un acte juridique quelconque. Mais l'incapacité reçoit des exceptions : c'est sans doute pour cette raison que le législateur n'a pas voulu la formuler d'une manière trop absolue.

II. *Exceptions.*

98. La doctrine admet comme principe que les incapables peuvent faire les actes conservatoires, sans autorisation ni assistance aucune. Ce principe découle de la nature

même des actes conservatoires : ils tendent à conserver les droits, ils profitent donc nécessairement à ceux qui les font, dès lors il n'y a pas de raison de les défendre aux incapables. Pour la femme, il y a cependant un motif de douter. Son incapacité tient, non à l'âge, comme chez le mineur, ni aux facultés intellectuelles, comme chez l'interdit, mais à la puissance maritale ; or, en théorie, on peut dire que la puissance maritale ne comporte pas d'exception, la femme doit obéissance à son mari dans les petites choses comme dans les grandes. Si l'on suivait ce principe à la rigueur, il faudrait toujours exiger l'autorisation maritale, même pour les actes conservatoires. Mais la loi elle-même y déroge. Ainsi elle permet à la femme de requérir l'inscription de son hypothèque légale (1). C'est l'application du principe qui permet aux incapables de faire les actes conservatoires. Il faut appliquer le même principe à l'inscription de l'hypothèque conventionnelle ou testamentaire. Le code civil le dit formellement de la transcription des donations faites à la femme; la femme y peut procéder sans autorisation (art. 940). Notre loi hypothécaire généralise le principe de la transcription (art. 1er); c'est en tout cas un acte conservatoire, donc la femme peut toujours la requérir. Interrompre une prescription, faire un protêt sont des actes conservatoires : la femme peut donc y procéder sans autorisation.

99. Il y a, en second lieu, des actes que la loi permet à la femme de faire, en la dispensant expressément ou tacitement de l'autorisation maritale. Tel est le testament. Dans notre ancien droit, il y avait des coutumes qui déclaraient la femme incapable de tester. C'était exagérer le principe de l'incapacité : le testament n'ayant d'effet qu'à la mort de la femme, il n'y a point lieu d'y faire intervenir l'autorité du mari, puisque, à la mort, il n'y a plus de puissance maritale. Il est d'ailleurs de l'essence du testament qu'il soit la libre expression de la volonté du testateur, aucune volonté étrangère n'y peut intervenir sans le vicier. Le code Napoléon a rendu à la femme un droit dont les

(1) Loi hypothécaire du 16 décembre 1851, article 64.

coutumes avaient eu tort de la dépouiller (art. 226).

Les donations faites entre époux pendant le mariage participent de la nature des testaments, en ce sens qu'elles sont toujours révocables. Est-ce à dire que la femme puisse les faire sans autorisation? Non, car la donation, quoique révocable, est un contrat par lequel la femme aliène à titre gratuit, or la femme ne peut pas donner (art. 217). Mais le code lui permet de révoquer la donation, sans y être autorisée par le mari ni par justice (art. 1096). Cette exception résulte de la nature même de ces donations; si la loi les déclare révocables, c'est parce qu'elle craint qu'elles ne soient point l'expression de la volonté libre du donateur; dès lors elle devait permettre à la femme de manifester sa vraie volonté en révoquant sans autorisation les libéralités qu'elle n'a faites que sous l'empire d'une contrainte morale.

La loi permet à la mère d'accepter une donation faite à son enfant mineur (art. 935); par cela même, elle le peut sans autorisation; si la loi avait entendu exiger l'autorisation, il eût été inutile de dire que les *père et mère* peuvent accepter pour le mineur. Il y a cependant ceci de singulier, c'est qu'un incapable est appelé à couvrir l'incapacité d'un autre incapable. La raison de cette anomalie apparente est que l'incapacité de la femme mariée n'est pas absolue; elle n'est établie qu'à raison de la puissance maritale et des intérêts de la famille; or, quand il s'agit d'accepter une donation au nom de l'enfant mineur, ces motifs n'ont plus de valeur.

L'article 337 permet à l'époux de faire pendant le mariage la reconnaissance d'un enfant naturel qu'il aurait eu, avant son mariage, d'un autre que de son conjoint. On demande si la femme peut le faire sans autorisation? L'affirmative est généralement enseignée. Nous reviendrons sur ce point au titre de la Paternité.

100. La femme mariée est incapable, en ce sens qu'elle ne peut faire aucun acte juridique sans autorisation. De là suit qu'elle ne peut être obligée par son fait. Mais il y a des cas où nous sommes obligés sans notre fait : la femme, dit Pothier, est capable de ces obligations, comme

toute autre personne, sans autorisation aucune. Le principe est certain, mais l'application présente des difficultés.

Aux termes de l'article 1370, il y a des engagements qui résultent de l'autorité seule de la loi : tels sont, dit le code, ceux des tuteurs et autres administrateurs qui ne peuvent refuser la fonction qui leur est déférée. On demande si la femme est valablement engagée quand elle gère une tutelle, sans qu'elle l'ait acceptée avec autorisation du mari. Duranton dit que la femme n'est obligée, comme tutrice, que si elle a accepté la tutelle avec autorisation. Zachariæ critique cette décision ; il prétend que les obligations naissant de la tutelle découlent de la loi seule, indépendamment de toute acceptation. Cela est vrai, en général, mais cela n'est pas vrai de la femme; la mère tutrice peut refuser la tutelle, donc si elle ne la refuse pas, elle l'accepte par cela même; partant, les obligations qu'elle contracte procèdent d'un fait volontaire. Il y a donc lieu d'appliquer la règle générale et non l'exception (1), bien entendu si la veuve se remarie. En serait-il de même, si une ascendante était nommée tutrice? La question présente d'autres difficultés. Nous y reviendrons au titre de *la Tutelle*.

Par application du même principe, la femme est tenue de ses délits et de ses quasi-délits. Cela ne fait aucun doute. La loi le dit du mineur (art. 1310); à plus forte raison en est-il de même de la femme.

101. Pothier applique aussi l'exception aux quasi-contrats, en ce sens que les engagements qui en naissent, sans concours de consentement, existent à l'égard de la femme, quoique non autorisée. Telle est la gestion d'affaire. Si c'est l'affaire de la femme qui est gérée, elle sera obligée, comme toute autre personne, par le fait du gérant. Mais peut-elle aussi gérer l'affaire d'autrui sans autorisation? Non, car ici il s'agit d'un fait personnel à la femme, et elle ne peut être obligée par son fait sans être autorisée (2). Il n'y a aucun doute quant aux obligations qu'elle contracterait envers des tiers comme gérant; elles seraient évidem-

(1) Duranton, t. II, p. 449, n° 500. Zachariæ, t. III, p. 327, note 18, § 472.

(2) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 50.

ment nulles. Mais la femme ne serait-elle pas tenue au moins envers le maître du dommage qu'elle lui cause par sa mauvaise gestion? Ici il y a un doute. La femme n'est pas obligée comme gérant, cela est certain, car elle ne peut être gérant sans autorisation. Mais ne sera-t-elle pas tenue en vertu d'un quasi-délit? La difficulté est de savoir si l'on peut lui appliquer l'article 1382, aux termes duquel tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer (1). Il y a un motif de douter; le fait de gérer l'affaire d'autrui est prévu par l'article 1372, au chapitre des quasi-contrats; or, un seul et même fait peut-il être tout ensemble un quasi-contrat et un quasi-délit? Dès lors, ne faut-il pas dire qu'il y a lieu à appliquer les principes qui régissent les quasi-contrats, et non ceux qui régissent les quasi-délits? Non, car en réalité il n'y a pas de gestion d'affaires, puisque la femme ne peut être gérant. Il reste donc un fait volontaire de la femme qui cause un dommage, c'est-à-dire un quasi-délit.

La femme reçoit un payement indû. Est-elle obligée de restituer ce qui lui a été payé? Pothier pose comme règle que la femme est tenue des obligations que l'équité seule produit; il cite comme exemple le cas d'un prêt fait à la femme; elle doit restituer ce qu'elle a reçu en tant qu'elle s'en est enrichie, non en vertu du prêt, mais en vertu de cette maxime d'équité qui défend de s'enrichir aux dépens d'un autre (2). Il faut appliquer le même principe au payement indû; la femme à qui il a été fait sera tenue en tant qu'elle s'est enrichie. On demande si elle serait tenue de restituer tout ce qu'elle a reçu dans le cas où, étant séparée de biens, elle est capable de recevoir un payement (3). La question est mal posée. Il est de principe que celui qui reçoit un payement indû, fût-il capable, n'est tenu qu'en tant qu'il s'est enrichi, s'il est de bonne foi. Donc quand la femme séparée de biens reçoit de bonne foi ce qui ne lui

(1) Demolombe, t. IV, p. 217, n° 181. Mourlon, *Répétitions*, t. I[er], p. 393, note.
(2) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 51.
(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 218, n° 182.

est pas dû, elle ne doit restituer que ce dont elle s'est enrichie. Mais que faut-il décider si elle était de mauvaise foi? Doit-on lui appliquer le principe de droit commun, d'après lequel celui qui reçoit de mauvaise foi ce qui ne lui est pas dû, est tenu de réparer tout le préjudice qu'il cause? Il y a dol dans ce cas, et par conséquent délit civil plutôt que quasi-contrat. Or, la femme est tenue de ses délits et de ses quasi-délits.

N° 2. DES ACTES JUDICIAIRES.

I. *Règle générale.*

102. L'article 215 porte que la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari; ce qui veut dire qu'elle ne peut plaider ni comme demanderesse, ni comme défenderesse, sans y être autorisée. Cette incapacité est plus absolue que celle dont nous venons de parler. La femme séparée de biens peut faire les actes relatifs à son administration sans autorisation maritale; mais si à l'occasion de ces actes il s'élève un procès, elle ne peut pas ester en jugement. Pourquoi, étant capable d'administrer, est-elle incapable de soutenir les procès concernant son administration? En permettant à la femme d'administrer ses biens, le législateur devait, par cela même, lui permettre de faire les actes d'administration sans autorisation maritale, parce que ces actes sont de tous les jours et de tous les instants. La même nécessité n'existait pas pour les procès, qui heureusement sont une chose rare dans la vie. De plus, les procès sont des actes dangereux qui peuvent compromettre la fortune de la femme à raison des frais qu'ils entraînent, tandis que les actes d'administration lui sont toujours plus ou moins profitables. Voilà pourquoi la défense de plaider est absolue (1).

L'article 215 ajoute : « quand même elle serait marchande publique. » Quand la femme est marchande pu-

(1) Arrêt de cassation du 13 novembre 1844 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1845, 1, 33).

blique, elle peut s'obliger et même hypothéquer et aliéner ses immeubles pour les besoins de son commerce. Sa capacité est donc plus grande que celle de la femme séparée de biens. Néanmoins, la loi la déclare incapable d'ester en jugement pour les procès concernant son commerce. Les raisons sont celles que nous venons d'exposer pour la femme séparée de biens. L'incapacité est identique, aussi absolue dans un cas que dans l'autre. Il est donc étonnant qu'une cour ait décidé le contraire. On a jugé que la femme autorisée par son mari à faire toutes opérations de commerce, et relativement à ces opérations, tous actes permis par la loi à la femme commerçante, peut, en vertu de cette autorisation, poursuivre une instance commerciale (1). C'est violer la loi dans son texte et dans son esprit. Quand la loi exige que la femme marchande soit autorisée pour ester en justice, elle veut une autorisation spéciale pour chaque instance commerciale; dès lors toute autorisation générale, et ne parlant pas même de procès, est inopérante.

L'expression *ester en jugement* est générale; elle s'applique au cas où la femme est défenderesse. En effet, la raison est la même; il peut être de son intérêt de ne pas se défendre. On admet même que la femme a besoin d'être autorisée pour se présenter devant le bureau de conciliation (2). Que la femme doive être autorisée, cela est certain; mais doit-elle l'être en vertu de la disposition qui lui défend d'ester en jugement? Non, car le préliminaire de la conciliation n'est pas une instance judiciaire : c'est, comme l'indique le mot, une tentative de concilier ceux qui vont engager un procès; donc il n'y a pas encore procès, et l'on ne peut pas dire que la femme este en jugement quand elle comparaît devant le juge de paix. Mais par cela même que le préliminaire de la conciliation peut aboutir à une transaction, la femme doit être autorisée; sinon, sa comparution devant le juge de paix n'aurait aucun but.

(1) Arrêt de la cour d'Aix du 9 janvier 1866 (Dalloz, *Recueil périodique*, 1867, 5, 35).
(2) Voyez les auteurs cités par Dalloz, au mot *Mariage*, n° 780.

103. Quand l'autorisation d'ester en jugement doit-elle être accordée à la femme? Il est de jurisprudence qu'elle ne doit pas être donnée avant le commencement de l'instance, qu'il suffit que la femme l'obtienne avant le jugement définitif. Ainsi, il a été jugé que l'autorisation peut être donnée par le mari à sa femme séparée de biens, pour la première fois à l'audience, et que, dans ce cas, elle valide toute la procédure antérieure(1). La cour de cassation est allée plus loin; elle a décidé que l'autorisation à l'effet d'appeler d'un jugement couvre la nullité du défaut d'autorisation pour procéder devant le premier juge (2). Par application de ce principe, il a été jugé que l'appel interjeté par une femme n'est pas nul, bien qu'elle l'ait fait sans autorisation de son mari, qu'il suffit que cette autorisation lui ait été donnée postérieurement (3). D'après la rigueur des principes, l'instance engagée par la femme non autorisée est nulle, de même que l'acte extrajudiciaire fait par elle sans autorisation est frappé de nullité. C'est au moment où un incapable agit qu'il doit être autorisé, sous peine de nullité de tout ce qu'il fait. Mais la nullité peut être couverte, comme le dit la cour de cassation; l'autorisation donnée après l'introduction de l'instance confirme ce qui a été fait irrégulièrement. La confirmation pourrait-elle encore être donnée après que l'instance est terminée par un jugement définitif? Nous examinerons cette question plus loin.

II. *Exceptions.*

a) En matière civile.

104. La cour de cassation pose comme principe, en cette matière, que l'on ne peut admettre d'autres exceptions que celles qui sont formellement établies par la loi (4). Il s'agis-

(1) Arrêts de Poitiers du 14 mars 1828 et de Besançon du 1er octobre 1810 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 859, 4° et 5°).
(2) Arrêt du 5 décembre 1809 (Dalloz, au mot *Culte*, n° 625).
(3) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Mariage*, nos 860 et 861.
(4) Arrêt du 21 janvier 1845 (Dalloz, 1845, 1, 97).

sait, dans l'espèce, de savoir si la femme qui demande la nullité de son mariage, pour vice de consentement, doit être autorisée de son mari. Nous avons enseigné l'affirmative (1), et, à notre avis, elle ne souffre aucun doute. La loi ne fait pas d'exception ; dès lors on reste dans la règle générale, qui exige l'autorisation. C'est l'application du principe élémentaire qui régit les exceptions (2). La question serait tout autre, et la décision aussi serait différente, si la femme prétendait qu'il n'y a jamais eu de mariage. Elle n'agit pas alors comme femme mariée, partant elle n'a pas besoin d'autorisation. La cour de cassation a très-bien décidé que la femme qui s'inscrit en faux contre l'acte de célébration de son mariage ne doit pas être autorisée de son mari (3). Ce n'est pas une exception que l'on fait à la règle, c'est la règle qui ne reçoit pas d'application.

105. Y a-t-il lieu d'appliquer la règle quand la femme plaide contre son mari? Si c'est comme demanderesse, il est certain qu'elle doit être autorisée; nous verrons plus loin si c'est par le mari ou par les tribunaux. Si c'est comme défenderesse, on admet que l'autorisation ne lui est pas nécessaire. Ainsi formulée, la décision est inadmissible. Dès que la femme plaide, elle doit être autorisée; le texte et l'esprit de la loi l'exigent. Qu'importe que le mari soit demandeur? Il y a toujours à examiner si la femme est intéressée à se défendre. Il lui faut donc une autorisation. Logiquement la loi aurait dû exiger l'intervention de la justice, puisque le mari est partie en cause. Nous verrons que tel n'est pas le système du code. C'est le mari qui est appelé à autoriser. Mais faut-il, dans l'espèce, une autorisation expresse, ou le fait du mari d'intenter une action contre sa femme peut-il être considéré comme une autorisation tacite? Il est de principe que l'autorisation peut être tacite, quand il s'agit d'actions judiciaires aussi bien que quand il s'agit d'actes extrajudiciaires. L'autorisation est tacite quand le mari pose un

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 557, nº 436.
(2) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 351, nº 277.
(3) Arrêt du 31 août 1824 (Dalloz, 1824, 1, 336). Voyez mes *Principes*, t. II, p. 570, nº 446.

fait qui implique nécessairement la volonté d'autoriser. Tel est, sans doute aucun, le fait d'intenter une action contre sa femme. Que veut le mari demandeur? Il veut obtenir un jugement; or, pour cela, il faut que la femme puisse se défendre. Agir contre la femme, c'est donc l'autoriser à plaider (1).

106. La jurisprudence admet qu'il n'y a pas lieu d'autoriser la femme, lorsqu'une poursuite en expropriation est dirigée contre elle. D'abord, dit la cour d'Agen (2), l'action est plus particulièrement dirigée contre la chose que contre la personne. Ce premier argument prouve trop : n'en est-il pas de même de toutes les actions réelles? La saisie, dit-on, n'est pas une instance judiciaire. Elle a, il est vrai, ses caractères particuliers; mais cela n'empêche pas qu'elle n'aboutisse à un jugement. Aussi admet-on que l'adjudication, même préparatoire, ne peut être prononcée contre la femme sans autorisation (3). Cela décide la question, nous semble-t-il, pour les actes de procédure qui précèdent l'adjudication. Le principe dominant, en cette matière, est, en effet, que la femme ne peut figurer dans un acte juridique sans être autorisée. Peu importe donc que la procédure en expropriation soit judiciaire ou extrajudiciaire.

M. Demolombe dit que la question est décidée par le texte du code (4). L'article 2208 suppose, en effet, que la femme doit être autorisée. Mais il ne statue que sur le cas où la femme est débitrice. La femme peut être poursuivie comme détenant un immeuble hypothéqué pour la dette d'un tiers. Dans ce cas, on peut dire avec la cour d'Agen que ce n'est pas la femme qui est poursuivie, que c'est l'immeuble. Toutefois il y a alors une raison de plus pour exiger l'autorisation. Le tiers détenteur a des droits, il peut délaisser, il peut payer; or, dès qu'il s'agit de l'exercice d'un droit, le mari doit intervenir pour garantir les intérêts de la femme et ceux de la famille.

(1) C'est l'opinion unanime (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, nº 776).
(2) Arrêt du 4 janvier 1844 (Dalloz, 1845, 4, 41).
(3) Voyez les arrêts cités par Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, nº 799.
(4) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 153, nº 134.

107. Il y a des cas où la femme n'a pas besoin d'autorisation; pour mieux dire, l'autorisation du mari est remplacée par l'intervention de la justice. La femme peut, sans autorisation préalable, intenter l'action en divorce pour cause déterminée. Aux termes des articles 240 et 241, la femme doit demander au tribunal la permission de citer son mari. Cette permission équivaut à une autorisation. On conçoit qu'à raison de la nature de l'action, la femme ne soit pas tenue de s'adresser à son mari, que l'on doit supposer coupable, et qui, en autorisant sa femme, avouerait en quelque sorte ses fautes ou ses crimes. Par la même raison, la femme peut former une demande en séparation de corps sans l'autorisation du mari. C'est le président du tribunal qui est appelé, dans ce cas, à l'autoriser (code de procédure, art. 875, 878). Par des raisons analogues, la femme qui demande la séparation de biens doit être autorisée non par le mari, mais par le président du tribunal (code de procédure, art. 865).

108. Faut-il admettre la même exception quand la femme demande l'interdiction de son mari? La cour de Toulouse a décidé que la femme n'avait pas besoin d'autorisation, en se fondant sur l'article 490 qui donne à chaque époux le droit de provoquer l'interdiction de son conjoint. Cette raison est loin d'être décisive. Dire que la femme a qualité pour agir, ce n'est pas l'autoriser à agir sans autorisation. La cour de Toulouse l'a senti. Elle remplace l'autorisation du mari par celle de justice: non que la femme soit tenue de demander au tribunal une autorisation formelle; le tribunal intervient pour nommer le conseil de famille et pour la signification à faire au défendeur en interdiction. Cela tient lieu d'autorisation, dit la cour. Elle invoque l'analogie qui existe entre l'action en interdiction et les actions en divorce, en séparation de corps et en séparation de biens (1). Est-il vrai qu'il y a analogie? Les trois dernières actions sont plus ou moins injurieuses, infamantes même, tandis que l'interdiction est demandée dans l'intérêt même du mari;

(1) Arrêt du 8 février 1823 (Dalloz, *Répertoire*, n° 778, 2°).

mais elle ne doit pas être intentée à la légère. Il est bon qu'il y ait un concert entre les conjoints, si la chose est possible; que si le mari refuse, il est utile que la justice intervienne avant que l'on procède aux formalités préliminaires.

b) En matière criminelle.

109. L'article 216 porte : « L'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police. » On voit que l'exception porte sur le cas où la femme est poursuivie; si c'est elle qui exerce une poursuite, on reste dans la règle; la femme a besoin d'autorisation, parce qu'il n'y avait aucune raison de l'en dispenser (2). Pourquoi ne doit-elle pas être autorisée quand elle est poursuivie? La femme doit avoir l'autorisation de son mari, en matière civile, alors même qu'elle est défenderesse. Quelle est la raison de différence entre les procès civils et les procès criminels? On donne parfois une mauvaise raison, en disant que la défense est de droit naturel, quand la femme est poursuivie en matière criminelle. La défense n'est-elle pas aussi de droit naturel en matière civile? La vraie raison est celle-ci. La femme défenderesse en matière civile peut avoir intérêt à ne pas se défendre, pour éviter des frais inutiles; il importe donc que le mari intervienne. En matière criminelle, le procès suit son cours, que la femme se défende ou qu'elle ne se défende pas; dès lors elle est toujours intéressée à se défendre; d'où suit que l'intervention du mari est inutile.

110. Que faut-il décider de l'action civile qui naît du délit? Si elle est intentée devant les tribunaux civils, c'est une action en dommages-intérêts, partant une action purement civile. Donc nous ne sommes pas dans le cas de l'exception établie par l'article 216 : la femme n'est pas poursuivie en matière criminelle, et il peut être de son intérêt de ne pas se défendre. Nous rentrons dans la règle générale de l'article 215 : la femme ne peut ester en juge-

(1) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, *Répertoire*, n° 794.

ment sans être autorisée par son mari. Si l'action civile est portée devant les tribunaux criminels, il faut distinguer. Il y a une hypothèse sur laquelle tout le monde est d'accord. C'est le ministère public qui poursuit, la partie lésée se porte partie civile : la femme n'a pas besoin d'autorisation, car elle est poursuivie en matière criminelle. Il est vrai qu'il y a deux actions distinctes et régies par des principes différents, mais ces différences n'exercent aucune influence sur la décision de notre question. L'action civile est ici l'accessoire de l'action publique ; la femme, en se défendant contre l'action publique, se défend par cela même contre l'action civile ; or, elle peut se défendre, sans y être autorisée, contre l'action du ministère public, donc elle peut aussi se défendre contre la partie civile, sans autorisation. La question est plus difficile quand la partie lésée intente son action directement devant le tribunal correctionnel ou de police. Bien qu'intentée devant un tribunal criminel, l'action n'est pas criminelle, puisqu'elle tend à une condamnation à des dommages-intérêts. C'est donc une action civile; par conséquent nous sommes dans la règle, qui exige l'autorisation quand la femme est défenderesse au civil. Telle est l'opinion de Zachariæ, suivie par Marcadé (1). On objecte que l'action n'est pas purement civile, puisque le ministère public peut d'un instant à l'autre prendre des conclusions contre la femme, si la partie civile prouve l'existence d'un délit ou d'une contravention (2). L'objection ne nous paraît pas concluante. Pour qu'il y ait lieu à l'exception de l'article 216, il faut que la femme soit poursuivie en matière criminelle, c'est-à-dire comme coupable d'un délit ou d'une contravention. Or, on ne peut pas dire que la femme est poursuivie criminellement, quand l'action a pour objet unique des dommages-intérêts. Peu importe ce qui pourra arriver; la nature de l'action se détermine, non par ce que le ministère public fera peut-être, mais par ce que la partie lésée demande. Voilà quant au texte. Quant à l'esprit de la loi, il

(1) Zachariæ, t. III, § 472, p. 325 et note 13. Marcadé, t. Ier, p. 549, no 1, sur l'art. 216.

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 157, no 143.

est également contraire à l'opinion que nous combattons. Pourquoi l'article 216 dispense-t-il la femme de l'autorisation en matière criminelle? Parce que, poursuivie criminellement, elle a toujours intérêt à se défendre. Peut-on dire que la femme est toujours intéressée à se défendre, quand elle est poursuivie devant un tribunal criminel par la partie lésée? Non, certes; elle peut avoir intérêt à dédommager de suite le plaignant, pour empêcher le ministère public de conclure contre elle, au cas où un fait criminel serait établi. C'est dire que nous sommes dans le cas de la règle qui défend à la femme d'ester en justice sans autorisation.

§ III. *De l'autorisation maritale.*

N° 1. PRINCIPES GÉNÉRAUX.

111. Qu'entend-on par autorisation? Est-ce une de ces formalités que nous appelons instrumentaires et que la loi prescrit pour garantir la libre expression de la volonté de celui qui agit? Ou est-ce un simple consentement, une approbation que le mari donne à l'acte que la femme veut faire? C'est la comparaison des anciennes coutumes avec le code qui donne lieu à cette question. Dans l'ancien droit, la plupart des coutumes distinguaient entre l'autorisation donnée pour les instances judiciaires et celle qui intervenait dans les actes extrajudiciaires : la première était un simple consentement, tandis que l'autre était une forme solennelle, d'où l'on concluait qu'il fallait se servir du terme *autoriser*, terme sacramentel, sans lequel il n'y avait pas d'autorisation (1). Pothier ne donne aucune raison de cette différence. Le code l'a rejetée; il se sert indifféremment des mots *autorisation* et *consentement*, pour les actes extrajudiciaires comme pour les procès (2), et il

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, nos 68 et 75. Merlin, *Répertoire*, au mot *Autorisation maritale*, sect. VI, § 2.
(2) Voyez les articles 215, 226, 776, 934, 1426, 1449, 1535, et code de commerce, art. 4 et 5.

admet formellement l'autorisation tacite (art. 215), ce qui exclut toute forme solennelle. La théorie du code est en harmonie avec l'essence de l'autorisation. Si le mari intervient, c'est pour approuver ce que la femme fait et non pas pour assurer la liberté de sa volonté ; c'est donc une approbation ou un *consentement* qu'il est appelé à donner (1).

112. Il ne faut pas confondre l'*autorisation* avec le *mandat*. La femme doit être autorisée de son mari lorsqu'elle agit en son propre nom, lorsque c'est elle qui plaide ou qui est partie au contrat ; c'est elle qui s'oblige, le mari qui l'autorise ne s'oblige pas, il ne fait qu'approuver l'obligation contractée par la femme. Quand le mari donne mandat à sa femme, il s'agit de ses propres droits, de ses intérêts ; c'est lui qui plaide, c'est lui qui parle au contrat, et c'est aussi lui qui s'oblige ; la femme mandataire ne s'oblige pas plus que tout autre mandataire. Quand le mari donne un mandat à sa femme, il n'a pas besoin de l'autoriser, pour mieux dire, il n'y a pas lieu à autorisation ; quand même le mari se serait servi de ce mot, il y aurait mandat. La différence est grande entre le mandat et l'autorisation. Aux termes de l'article 223, l'autorisation ne peut être générale, elle doit être spéciale, sous peine de nullité, tandis que le mandat peut être général (art. 1987). Quand l'autorisation est expresse, le code veut qu'elle soit donnée par écrit (art. 215) ; le mandat ne doit pas être donné par écrit.

Il importe donc beaucoup de distinguer quand il y a autorisation et quand il y a mandat. Ce ne sont pas les termes qui décident la question ; il est possible que le mari se soit servi du mot *autorisation*, alors qu'il donne un véritable mandat à sa femme. Il faut voir si l'acte juridique concerne les droits de la femme ou les droits du mari ; dans le premier cas, la femme doit être autorisée, dans le second cas, elle ne peut agir qu'en vertu d'un mandat. La question de savoir s'il s'agit des droits de la femme ou des droits du mari, dépend des conventions matrimoniales.

(1) Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. I[er], p. 230, note 3.

Supposons que les époux soient mariés sous le régime de la communauté légale. Il va sans dire que, si le mari donne pouvoir à la femme d'agir pour ses biens propres ou pour les biens de la communauté, il y a mandat et non autorisation. De là suit que si le pouvoir concerne l'administration des biens de la femme, il y a encore mandat; car sous le régime de la communauté, c'est le mari qui administre les biens de la femme; il s'agit donc d'un droit du mari, dès lors la femme ne peut l'exercer qu'en vertu d'un mandat. Si, au contraire, le pouvoir concerne la propriété des biens de la femme, ce prétendu pouvoir n'est, en réalité, qu'une autorisation, car il s'agit d'un droit de la femme. Il résulte de là que pour l'administration des biens de la femme, il n'y a jamais lieu à autorisation. Si cette administration appartient au mari, la femme n'y a plus aucun droit, donc elle ne peut agir qu'en vertu d'un mandat. Si le contrat de mariage donne à la femme l'administration de ses biens, elle peut faire tous les actes d'administration sans autorisation maritale; ou, comme le dit l'article 223, la clause du contrat de mariage est considérée comme une autorisation générale.

N° 2. SPÉCIALITÉ DE L'AUTORISATION.

113. L'autorisation doit être spéciale. L'article 223 interdit toute autorisation générale. Que faut-il entendre par autorisation spéciale? La question est controversée. Il nous semble que le texte et l'esprit de la loi la décident bien clairement. L'article 215 dit que la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, ce qui implique que la femme doit être autorisée pour chaque procès où elle est demanderesse ou défenderesse. Quand il s'agit d'un acte extrajudiciaire, l'article 216 veut le concours du mari dans l'acte; cette expression nous révèle la pensée du législateur ; il faut que, dans chaque acte que la femme passe, le mari intervienne pour l'approuver. La loi ajoute : « ou son consentement par écrit. » On doit enten-

dre ces mots dans le même sens; l'autorisation expresse ne peut pas être régie par d'autres principes que l'autorisation tacite. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur cette interprétation. Pourquoi le mari est-il appelé à autoriser sa femme? Pour sauvegarder les intérêts de la femme et ceux de la famille; or l'autorisation ne peut atteindre ce but que si le mari prend connaissance de chaque acte avant de l'autoriser. La loi exige encore l'autorisation, parce que la femme doit respect et obéissance au mari; ce qui implique également que la femme consulte son mari pour tout acte juridique qu'elle est dans le cas de passer. Serait-ce maintenir son autorité, si le mari donnait d'avance à la femme l'autorisation de faire tout ce qui lui plairait? Ce serait non pas exercer la puissance maritale, mais l'abdiquer. Or, la puissance maritale est d'ordre public, et partant il n'est pas permis d'y déroger (art. 6). La loi ne permet pas même aux futurs époux d'y déroger par leurs conventions matrimoniales, bien que le contrat de mariage soit le plus favorable de tous les contrats (art. 223, 1388).

Les auteurs du code n'ont fait que reproduire les principes consacrés par nos anciennes coutumes. Il importe de les rappeler puisqu'il y a controverse. Pothier nous apprend qu'il avait été déclaré dans plusieurs actes de notoriété, émanés du Châtelet de Paris, que l'autorisation doit être spéciale, c'est-à-dire mise dans l'acte même, ou par une procuration faite spécialement pour l'acte qui se passe (1). C'était aussi l'opinion unanime des auteurs. Pothier enseigne que l'autorisation du mari doit être spéciale *pour tel et tel acte* (2). « J'estime, dit Lebrun, que les autorisations doivent être spéciales *en chaque affaire et en chaque contrat* (3). »

Telle est aussi l'opinion généralement suivie sous l'empire du code. Il y a cependant des dissentiments et quelque hésitation dans la jurisprudence. Duranton et Zachariæ entendent le mot *spécial* dans le sens de *déterminé;* ils disent que l'autorisation est spéciale quand les biens sur

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, nº 67.
(2) Pothier, Introduction au titre X de la coutume d'Orléans.
(3) Lebrun, *De la communauté,* livre II, chap. I, sect. IV, nº 8.

lesquels elle porte sont déterminés : par exemple, l'autorisation d'aliéner les immeubles situés dans tel département. Ce que la loi défend, selon ces auteurs, c'est l'autorisation donnée en termes généraux d'aliéner, d'hypothéquer, de plaider (1). Il a été décidé en ce sens que l'autorisation donnée à une femme « d'emprunter les sommes qui lui sont et qui lui pourront être nécessaires pour payer ce qu'elle peut devoir, et pour faire des réparations à une de ses propriétés, ou pour en faire tel autre usage qu'elle trouverait bon, » est spéciale; l'arrêt a maintenu en conséquence les hypothèques que la femme avait consenties pour la garantie des emprunts par elle contractés (2).

Cette doctrine n'a pas prévalu dans la jurisprudence, et avec raison; elle s'écarte de la tradition, elle est contraire au texte et à l'esprit de la loi, tels que nous venons de les constater. La cour de cassation a jugé qu'il fallait un consentement spécial du mari pour chaque vente, chaque emprunt, chaque constitution d'hypothèque. Elle invoque l'article 1538, qui déclare nulle l'autorisation générale d'aliéner les immeubles de la femme; ce texte, dit la cour, s'étend, par identité de raison, aux emprunts et aux hypothèques (3). L'article 1538 ne nous paraît pas décisif : il ne dit pas ce qu'il faut entendre par autorisation *générale;* il faut donc recourir, comme nous l'avons fait, à l'ancien droit et à l'esprit de la loi (4).

114. Par application de ces principes, la cour de cassation a décidé que l'autorisation donnée par contrat de mariage d'aliéner un immeuble indiqué nommément était nulle; il fallait, dit-elle, que le mari intervînt lors de l'aliénation. Dans l'espèce, la vente s'était faite trente ans après le contrat de mariage, pour un prix que l'on prétendait inférieur à la valeur réelle, et sans que l'on sût ce que le prix était devenu. Le conseiller rapporteur remarqua

(1) Duranton, t. II, p. 417, n° 449. Zachariæ, t. III, § 472, p. 333, note 42.
(2) Arrêt de la cour de cassation du 3 janvier 1822 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 852 1°).
(3) Arrêt du 18 mars 1840 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 853, 1°).
(4) C'est l'opinion de la plupart des auteurs. Voyez Demolombe, t. IV, p. 241, n° 207.

avec grande raison qu'une pareille autorisation ne répondait pas du tout au but de la loi. Un consentement vague, donné trente ans d'avance, en vue d'une aliénation éventuelle, sans que le mari connût ni pût connaître l'acquéreur, ni les conditions de la vente, ni le prix, ni l'emploi du prix, est-ce là ce que le législateur a voulu en exigeant une autorisation spéciale? La faculté discrétionnaire, irrévocable, d'aliéner un immeuble, fût-il déterminé, s'accorde-t-elle avec l'obéissance que la femme doit au mari, à la protection que le mari doit à la femme (1)?

Il s'est présenté, devant la cour de cassation de Berlin, une question dont la solution met le principe dans tout son jour. Un mari autorisa sa femme à cautionner toutes les dettes qu'il pourrait contracter par suite des opérations d'affaires qu'il ferait avec un tiers. La cour de Cologne valida cette autorisation, parce qu'elle était donnée pour un acte spécial, le cautionnement, qu'il se rapportait à des personnes désignées et à un genre d'affaires déterminé. Son arrêt fut cassé par la cour de Berlin (2), parce que le cautionnement pour lequel l'autorisation avait été donnée était général; en effet, il comprenait non pas une seule obligation déterminée, mais l'ensemble de toutes les obligations qui pourraient résulter des relations d'affaires entre le mari et un tiers. Pour être spéciale, l'autorisation aurait dû être donnée pour chaque obligation contractée par le mari; la femme aurait su alors à quoi elle s'obligeait, tandis que, dans l'espèce, elle ne pouvait le savoir. Rien de plus dangereux qu'un cautionnement ainsi contracté. C'est dire que la femme n'avait pas joui de la protection que la loi veut lui assurer. L'autorisation était donc nulle. C'est ce qu'a très-bien décidé la cour de Metz dans une affaire analogue (3). Comme le dit une autre cour, « l'autorisation du mari est exigée non-seulement comme un hommage à la puissance maritale,

(1) Arrêt du 14 décembre 1840 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 853, 2°).
(2) Arrêt du 9 novembre 1846 (Dalloz, 1847, 2, 146). Décidé dans le même sens par la cour de Bruxelles (arrêt du 9 mars 1868, dans la *Pasicrisie*, 1868, 2, 406).
(3) Arrêt du 7 juin 1849 (Dalloz, 1851, 2, 156).

mais encore comme un acte de tutelle et de protection; il faut donc, pour que le but de la loi soit atteint, que l'autorisation soit donnée en pleine connaissance de cause, c'est-à-dire en vue d'un acte déterminé par la convenance et sur l'opportunité et les principales conditions duquel le mari puisse éclairer sa femme (1). »

115. La règle que l'autorisation doit être spéciale reçoit des exceptions. Aux termes de l'article 223, « toute autorisation générale, même stipulée par contrat de mariage, n'est valable que quant à l'administration des biens de la femme. » La femme peut stipuler par son contrat de mariage qu'elle aura la libre administration de ses biens. C'est ce qu'on appelle le régime de séparation de biens. La femme séparée de biens peut faire les actes d'administration sans y être autorisée par son mari, pour mieux dire, sans autorisation spéciale; la clause du contrat de mariage vaut comme autorisation générale (2). Pourquoi le législateur se relâche-t-il, dans ce cas, de la rigueur des principes? C'est par faveur pour le mariage. Il permet aux époux de convenir que la femme administrera ses biens; or, dès que la femme administre, elle doit avoir le droit de faire les actes d'administration sans une autorisation spéciale, parce que la nécessité d'une autorisation pareille pour chaque acte qu'elle voudrait passer, entraverait à chaque instant sa gestion.

Pothier enseigne que l'autorisation générale d'administrer peut aussi être donnée à la femme en dehors du contrat de mariage (3). L'article 223 semble reproduire cette doctrine. « Toute autorisation générale, *même* stipulée par contrat de mariage, etc. » D'où l'on pourrait conclure que le mari peut donner à la femme une autorisation générale d'administrer, pendant le mariage. Pothier confond le mandat avec l'autorisation. Quand le contrat de mariage ne stipule pas que la femme aura la libre administration de ses biens, les époux sont mariés sous le régime de la communauté, sous le régime exclusif de com-

(1) Arrêt de la cour de Caen du 27 janvier 1851 (Dalloz, 1852, 2, 27).
(2) Articles 1536, 1449, 1576. Voyez le titre *du Contrat de mariage*.
(3) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 67.

munauté ou sous le régime dotal. Or, sous tous ces régimes, le mari a l'administration des biens de la femme; c'est un droit à lui. Il peut en déléguer l'exercice à sa femme, mais s'il le fait, c'est par voie de mandat et non par voie d'autorisation. Pothier lui-même le reconnaît implicitement; il parle, en effet, d'une procuration que le mari donne à sa femme; or, une procuration est un mandat; et il y a de grandes différences, comme nous l'avons dit plus haut, entre le mandat et l'autorisation. Pothier ne les distingue pas suffisamment, et cette inexactitude a passé dans l'article 223.

116. La règle que la femme ne peut faire aucun acte juridique sans une autorisation spéciale de son mari, reçoit une seconde exception. D'après l'article 220, « la femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce. » La loi s'exprime mal en disant que la femme commerçante peut s'obliger sans autorisation maritale; en effet, aux termes de l'article 4 du code de commerce, la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari; il lui faut donc une autorisation, mais une autorisation générale suffit. Ainsi l'article 220 consacre une exception au principe de l'autorisation spéciale. Pothier nous en dit la raison, c'est l'utilité, la nécessité du commerce : s'il fallait à la femme une autorisation spéciale, elle devrait toujours avoir son mari à ses côtés, car les actes de commerce sont de tous les instants et ne souffrent aucun retardement (1).

Quand la femme est-elle marchande publique? L'article 220 porte : « Elle n'est pas réputée marchande publique, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari, mais seulement quand elle fait un commerce séparé. » Quand la femme débite dans la boutique de son mari, elle fait office de facteur ou de fille de boutique. Lui faut-il, en ce cas, une autorisation? Non, car elle n'agit pas en son nom ni pour l'exercice de ses droits, elle agit au nom et dans l'intérêt du mari. C'est

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n°s 20 et 21.

dire qu'elle est mandataire ; le mari doit donc non l'autoriser, mais lui donner un mandat. La différence est grande entre la femme marchande et la femme mandataire : la première est personnellement obligée, tandis que l'autre ne s'oblige pas (art. 1420); c'est le mari seul qui contracte par l'intermédiaire de la femme mandataire. Quand la femme est marchande publique, le mari n'est pas, en principe, obligé par l'autorisation générale qu'il lui a donnée, car celui qui autorise ne s'oblige pas. Il y a exception si les époux sont mariés sous le régime de la communauté; en ce cas, dit l'article 220, la femme oblige aussi son mari. C'est l'application des principes qui régissent la communauté; toute dette contractée par la femme avec autorisation du mari devient dette de communauté, et toute dette de communauté est une dette du mari (art. 1419). Quand donc il y a communauté, le mari est obligé par l'autorisation aussi bien que par le mandat qu'il donne à la femme, mais il y a toujours cette différence que la femme mandataire n'est pas obligée personnellement.

Quand la femme est-elle commerçante? Il faut appliquer l'article 1er du code de commerce : « Sont commerçants ceux qui exercent des actes de commerce et en font leur profession habituelle. » Nous renvoyons au droit commercial pour les difficultés qui se présentent dans l'application du principe. Il en est de même pour les actes que la femme peut faire comme marchande publique. L'article 220 dit qu'elle peut s'obliger pour ce qui concerne son négoce; l'article 7 du code de commerce a expliqué et étendu cette disposition; il porte que les femmes marchandes publiques peuvent engager, hypothéquer et aliéner leurs immeubles. Il va sans dire que ces termes, quoique généraux, doivent être entendus en ce sens, que la femme marchande ne peut disposer de ses immeubles que dans l'intérêt de son commerce. La capacité de la femme marchande est une exception à un principe général; elle doit donc être restreinte dans les limites qui résultent de l'utilité du commerce. Le code lui-même applique cette règle d'interprétation. Aux termes de l'article 215, la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de

son mari, quand même elle serait marchande publique. La nécessité qui a fait établir une exception pour les actes de commerce n'existe pas pour les procès; les uns, comme dit Pothier, ne souffrent pas de retardement, tandis que les autres se poursuivent, au contraire, avec une sage lenteur.

N° 3. DE L'AUTORISATION EXPRESSE ET TACITE.

117. Il résulte de l'article 217 que l'autorisation maritale peut être expresse ou tacite. Dans ces termes généraux, la règle posée par le code n'est que l'application d'un principe élémentaire. L'autorisation est un consentement, et le consentement peut se manifester soit par une déclaration expresse, soit par des faits qui impliquent la volonté de consentir. Mais l'article 217 déroge aux principes généraux en ce qui concerne les caractères du consentement exprès et du consentement tacite. Le consentement exprès peut se donner, en général, verbalement aussi bien que par écrit, tandis que l'article 217 semble exiger un consentement par écrit. De même le consentement tacite résulte de toute espèce de faits qui manifestent la volonté de consentir; tandis que l'article 217 semble limiter le consentement tacite à un seul fait, le concours du mari dans l'acte. Y a-t-il réellement dérogation aux principes généraux? ou faut-il interpréter l'article 217 d'après ces principes? Il y a controverse et, à notre avis, inconséquence dans la doctrine sur ces questions élémentaires.

Le code définit l'autorisation tacite : c'est le concours du mari dans l'acte. Il définit aussi l'autorisation expresse : c'est le consentement par écrit. Ces définitions dérogent au droit commun. Ce sont donc des exceptions. L'interprète peut-il ne tenir aucun compte de ces exceptions et dire que, malgré les termes exceptionnels de la loi, c'est le droit commun qui doit recevoir son application? Cela nous paraît inadmissible. Nous demanderons à quoi bon des définitions qui, au fond, sont des exceptions, si le législateur

avait eu l'intention de maintenir le droit commun? On dit que ce que nous appelons définitions sont en réalité des exemples; qu'il faut interpréter en ce sens le texte de l'article 217, parce qu'il n'y a pas de raison pour déroger aux principes généraux. C'est ce que nous contestons. Il n'y a peut-être pas d'acte juridique aussi fréquent que l'autorisation maritale, et c'est un acte aussi important qu'usuel. Il fallait donc prévenir les contestations auxquelles il peut donner lieu. Ces contestations se seraient multipliées à l'infini, si le législateur avait admis toute espèce de manifestation de la volonté du mari. Cela est vrai surtout de l'autorisation tacite; rien de plus vague et par conséquent de plus difficile à déterminer. Cela est vrai aussi de l'autorisation expresse; si l'on admet un consentement verbal, une parole prononcée à la légère, ou extorquée par l'importunité, sera invoquée comme autorisation. Un pareil consentement serait en opposition avec le but de l'autorisation. Le mari doit examiner la nature et les conséquences de l'acte que la femme se propose de passer, il faut qu'il y réfléchisse sérieusement; il faut donc qu'il y ait une garantie que son approbation est donnée en connaissance de cause. Cette garantie on l'a, si l'on s'en tient au texte de l'article 217 : quand le mari concourt dans l'acte, c'est la preuve d'une volonté sérieuse et raisonnée : quand il donne son consentement par écrit, il pèse ses paroles comme il calcule sa résolution. L'esprit de la loi est donc en harmonie avec le texte; l'un et l'autre demandent que l'article 217 soit interprété restrictivement. Tel est, suivant nous, le principe. En entrant dans les détails, nous verrons quelles sont les opinions divergentes.

118. L'autorisation expresse, dit l'article 217, est le consentement donné par écrit. Est-ce à dire que l'autorisation soit un acte solennel? Non, car la loi admet l'autorisation tacite; or, le consentement tacite exclut toute idée de solennité. De là, la plupart des auteurs concluent que l'autorisation peut se donner verbalement; tout ce qui, d'après eux, résulte de l'article 217, c'est que l'autorisation verbale ne peut se prouver par témoins. Encore Zachariæ enseigne-t-il que la preuve testimoniale serait admissible

dans les cas prévus par les articles 1347 et 1348 (1). Nous rejetons cette doctrine parce qu'elle nous paraît contraire au texte et à l'esprit de la loi. Sans doute, l'autorisation n'est pas un acte solennel; mais, pour les motifs que nous venons de dire, la loi veut qu'elle soit constatée par écrit, ou prouvée d'une manière évidente par le concours du mari à l'acte. M. Demolombe est d'accord avec nous, en principe, mais, comme d'habitude, il fléchit dans l'application. Il repousse la preuve testimoniale, même quand il y aurait un commencement de preuve par écrit, et il admet le serment. C'est une inconséquence; il faut ou s'en tenir strictement à la lettre de la loi, ou admettre toute espèce de preuve, sauf la preuve testimoniale pure et simple (2). Notons encore l'inconséquence de ceux qui interprètent restrictivement la définition de l'autorisation tacite donnée par l'article 217, et qui s'écartent du texte, pour étendre, au delà de ses termes, l'autorisation expresse (3). Comment, dans une seule et même disposition, deux définitions du même fait juridique seraient-elles, l'une une définition restrictive, l'autre une espèce d'explication, et une explication très-obscure? Pourquoi, si le législateur voulait seulement repousser la preuve testimoniale, ne l'a-t-il pas dit en termes clairs et nets? Notre conclusion est que l'autorisation expresse ne peut se prouver que par écrit.

119. L'écrit doit-il être authentique? Le texte de la loi répond à la question; il exige seulement un écrit, donc tout écrit suffit. Il n'y avait pas de raison pour exiger un acte authentique; il y a, au contraire, un motif pour se contenter d'un acte sous seing privé, quel que soit cet acte, fût-ce une simple lettre; ces autorisations sont si fréquentes, que c'eût été entraver les relations civiles que d'exiger l'authenticité. Cela est de toute évidence quand l'acte passé par la femme est sous seing privé. Mais alors même que l'acte principal serait authentique, il y a plus, alors même que ce serait un acte solennel, tel qu'une do-

(1) Demante, t. Ier, p. 424, n° 300 *bis* VII. Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. III, § 472, p. 336 et note 50.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 228, n° 193.
(3) Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 396.

nation ou une hypothèque, il faut maintenir le principe posé par l'article 217. Il est vrai que les lois exigent parfois l'authenticité pour le mandat donné à l'occasion d'un contrat solennel : la loi hypothécaire belge veut que les procurations à l'effet de constituer hypothèque soient données dans la forme authentique, et la jurisprudence étend ce principe à tous les actes solennels. Faut-il aussi l'appliquer à l'autorisation maritale? Non, car autre chose est le mandat, autre chose est l'autorisation. Le mandat se confond avec le consentement; or, dans les actes solennels, tout ce qui tient à l'expression du consentement doit être solennel, donc aussi la procuration. Tandis que l'autorisation est le consentement du mari, elle n'a rien de commun avec la libre expression de la volonté de la femme. D'où suit que l'autorisation reste dans le droit commun des actes non solennels (1).

Il y a un arrêt contraire de la cour de Besançon (2). Elle invoque l'article 217, aux termes duquel la femme ne peut donner sans autorisation de son mari; et il n'y a de donation que sous la condition de l'authenticité, ce qui implique que toutes les parties intégrantes de la donation doivent être authentiques, donc aussi l'autorisation. Nous avons d'avance répondu à l'objection. L'article 217 ne prouve rien; on peut, au contraire, s'en prévaloir en faveur de l'opinion que nous soutenons, puisqu'il se contente d'un *écrit,* sans distinguer entre les diverses espèces d'actes qu'il énumère. Il n'est pas exact de dire que l'autorisation est une partie intégrante de la donation. C'est un acte d'autorité et de protection du mari; elle n'a rien de commun avec le consentement de la femme, et il n'y a que ce consentement qui doit être reçu dans la forme authentique.

120. L'application du principe à la lettre de change donne lieu à quelques difficultés. Un mari tire une lettre de change sur sa femme; celle-ci accepte. La femme est-elle suffisamment autorisée? La jurisprudence décide la question affirmativement et, croyons-nous, avec raison.

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 230, nº 194.
(2) Arrêt du 30 mars 1844 (Dalloz, 1845, 4, 153).

Quand le mari tire une lettre de change sur sa femme, il manifeste par cela même la volonté qu'elle l'accepte; or, tout ce que la loi exige, c'est une manifestation de volonté par écrit; elle ne demande pas, comme on le faisait dans l'ancien droit, que le mari se serve du mot *autoriser* ou d'une expression analogue (1). Faut-il décider la même chose quand la femme tire une lettre de change sur son mari et que celui-ci accepte? Non, dit la cour de Paris (2). L'autorisation doit évidemment précéder l'engagement contracté par la femme ou l'accompagner; c'est avant que la femme contracte que le mari doit examiner si cet acte ne lésera pas les intérêts de la femme ou de la famille. Une fois l'acte consommé, il ne peut plus s'agir d'autoriser; tout ce que le mari peut faire, c'est de confirmer. Nous verrons plus loin si la confirmation du mari valide l'acte à l'égard de la femme.

121. La loi définit l'autorisation tacite : c'est le concours du mari dans l'acte (art. 217). Que faut-il entendre par là? Il n'y a que deux manières pour le mari de concourir à l'acte passé par sa femme, c'est d'y figurer comme autorisant sa femme ou d'y être partie. Dans le premier cas, il y a autorisation expresse. Pour qu'il y ait autorisation tacite, il faut donc que le mari ait été partie à l'acte, c'est-à-dire qu'il ait promis ou stipulé. Il ne suffit pas que le mari soit présent; la présence à un contrat n'est pas le concours dans ce contrat. Vainement invoquerait-on le vieil adage que celui qui garde le silence est censé consentir; en supposant même que l'adage soit toujours vrai, on ne pourrait pas s'en prévaloir dans l'espèce, car la loi exige plus que le silence, elle demande le concours; or, celui qui se tait ne concourt pas. Il y a plus. Il ne suffit pas que le mari et la femme soient parties à un acte, il faut aussi que le mari ait eu connaissance du concours de la femme; ce n'est qu'à cette condition que l'on peut lui supposer la volonté de confirmer ce que la femme fait. Si donc un billet constatait uniquement l'obligation contractée

(1) Arrêt de Caen du 18 novembre 1828 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 837). Arrêt de Paris du 2 février 1830 (Dalloz, au mot *Effet de commerce*, n° 816).
(2) Arrêt du 12 janvier 1815 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 842).

par le mari, et qu'après la signature du mari, la femme s'oblige solidairement avec lui, il n'y aurait pas d'autorisation tacite. Il y a, dans ce cas, deux actes, quoiqu'ils soient constatés sur le même billet; or, la femme n'est pas partie à l'acte signé par le mari, et le mari n'est pas partie à l'acte signé par la femme; il n'y a donc pas concours du mari à l'acte, partant pas d'autorisation tacite. Cette décision, qui paraît rigoureuse, est en harmonie avec l'esprit de la loi. L'autorisation est une approbation, et l'approbation implique que le mari a connaissance de l'acte; or, quand la femme s'engage après le mari, rien ne prouve que le mari ait connu cet engagement, dès lors on ne peut pas dire qu'il l'ait approuvé (1).

Il y a un arrêt contraire de la cour d'Aix (2). Le mari est présent à un compromis reçu par le juge de paix; il n'est pas partie plaidante ni contractante; la cour conclut de là que le mari a autorisé tacitement sa femme. En fait, il est probable que telle était l'intention du mari; mais cette probabilité suffit-elle pour qu'il y ait autorisation tacite? Le texte de l'article 217 répond à notre question. Autre chose est la *présence* à un acte, autre chose est le *concours dans cet acte*. La loi ne s'est pas contentée de la *présence*, elle a exigé le *concours*. Cela décide la question.

122. L'application du principe se fait sans difficulté, quand la femme souscrit un billet avec son mari. Il a été jugé que la femme qui signe conjointement avec son mari est suffisamment autorisée, quand même dans le corps de l'acte il ne serait pas fait mention spéciale de l'engagement contracté par la femme et par le mari; l'engagement collectif, suivi de la signature des époux, suffit pour que la femme soit valablement obligée (3).

La question devient douteuse, quand le mari commence par signer une obligation à laquelle la femme reste étrangère; puis vient un cautionnement signé par la femme, sans que le mari l'ait autorisée, mais c'est lui qui a écrit

(1) Zachariæ, t. III, §472, p. 337, note 53. Demolombe, t. IV, p. 231, n° 196.
(2) Arrêt du 29 novembre 1811, confirmé par un arrêt de rejet (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 840, 2°).
(3) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 832, 2°, 3° et 5°.

l'acte de cautionnement. Y a-t-il là concours du mari dans l'acte? Il a été jugé qu'il y avait concours du mari (1). Cela nous paraît plus que douteux. Le cautionnement, bien que contracté dans l'intérêt du mari, n'est pas un acte où le mari figure comme partie ; il n'y stipule pas, il n'y promet pas, dès lors il ne peut pas être question d'un concours du mari à l'acte ; il fallait donc une autorisation expresse. On peut dire que le mari, quoiqu'il n'ait pas été partie au cautionnement, l'a connu, puisque c'est lui qui a dressé l'acte ; or, par cela même qu'il dresse un acte fait en sa faveur, il l'approuve : voilà bien l'autorisation. Oui, si l'on admet qu'il peut y avoir autorisation tacite en dehors du concours à l'acte. Non, si l'on admet, comme nous l'avons fait, qu'il n'y a pas d'autre autorisation tacite que celle qui est définie par l'article 217, c'est-à-dire le concours du mari dans l'acte. Cette question est controversée ; nous allons l'examiner.

123. L'opinion généralement suivie par les auteurs est que l'article 217 est restrictif. Nous avons déjà dit les motifs pour lesquels nous l'adoptons. Zachariæ enseigne le contraire, mais sans motiver son dissentiment, en prenant appui sur la jurisprudence. Il y a des applications qui concernent l'autorisation expresse plutôt que l'autorisation tacite : tel est le cas où le mari tire une lettre de change sur sa femme (voyez plus haut, n° 120). Il y a un cas prévu par le code de commerce, qui semble confirmer l'opinion de Zachariæ. L'article 5 porte que la femme ne peut être marchande publique sans le consentement de son mari. La loi n'exigeant pas que le consentement se donne par écrit, la doctrine et la jurisprudence admettent que le consentement peut être tacite, en ce sens qu'il suffit que la femme fasse le commerce au vu et su du mari, pour qu'elle soit tacitement autorisée à exercer la profession de marchande publique. Zachariæ conclut de là que toute espèce d'autorisation tacite suffit dans tous les cas. C'est mal raisonner, nous semble-t-il. L'autorisation donnée à la femme d'être marchande est une autorisation générale, qui intervient

(1) Arrêt de Paris du 14 mai 1846 (Dalloz, 1846, 2, 139).

avant que la femme fasse un acte de commerce. Dès lors il était impossible d'exiger que l'autorisation se donnât par le concours du mari dans l'acte : il n'y a pas encore d'acte, comment donc le mari y concourrait-il? L'article 5 du code de commerce reste dans le droit commun ; il n'y avait aucune raison, il n'y avait pas même possibilité d'y déroger. Autre est l'hypothèse prévue par l'article 217. Ici il s'agit d'une autorisation spéciale donnée pour des actes déterminés. La loi pouvait et elle devait définir l'autorisation tacite. En deux mots, le principe posé par l'article 217 ne reçoit pas d'application à l'article 5 du code de commerce, parce que les cas régis par ces deux dispositions sont essentiellement différents (1).

124. La jurisprudence incline vers l'opinion de Zachariæ. Cela se comprend ; les tribunaux subissent nécessairement l'influence des faits ; or, il se peut que, dans un cas particulier, la volonté du mari d'autoriser sa femme soit certaine, quoiqu'il n'ait pas concouru à l'acte ; dominé par l'équité, le juge recule devant la rigueur des principes. L'interprète doit se tenir en garde contre cette tendance, car elle aboutit, comme le dit un auteur sur la question que nous agitons, à faire la loi (2), tandis que sa mission se borne à l'interpréter. Parcourons quelques décisions.

La femme fait acte d'héritier en disposant d'une partie du mobilier de la succession à laquelle elle est appelée ; le mari concourt à ce fait. Y a-t-il autorisation tacite donnée à la femme d'accepter l'hérédité? Oui, a dit la cour de Bourges, parce que l'autorisation peut être tacite (3). Si la succession était purement mobilière, il n'y aurait pas le moindre doute. En effet, le mari, sous le régime de la communauté, peut accepter les successions mobilières échues à la femme, et en disposant du mobilier héréditaire, il accepte tacitement. Pour qu'il y ait question, il faut supposer que la succession est partie mobilière, partie immobilière. Dans cette hypothèse, nous croyons que la cour de Bourges a mal jugé : il ne pouvait y avoir, dans

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 233, n° 197.
(2) Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 396.
(3) Arrêt du 9 juillet 1831 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 843, 2°).

l'espèce, concours du mari à l'acte, puisqu'il n'avait aucune qualité pour y intervenir; il ne pouvait donc agir que comme mari autorisant sa femme; c'est dire que l'autorisation ne pouvait être tacite, qu'elle devait être expresse.

Les époux se séparent volontairement; la femme contracte des obligations pour son entretien, puis elle en demande la nullité pour défaut d'autorisation. Il a été jugé que ces engagements sont valables, s'ils ne dépassent pas les besoins et la fortune de la femme. La jurisprudence se fonde sur ce que le mari qui permet à sa femme de vivre séparément, l'autorise par cela même à contracter des obligations pour son entretien (1). Cette doctrine est inadmissible. Un premier point est certain, c'est que la séparation volontaire est nulle; le mariage subsiste donc avec tous ses effets. Un de ces effets est que le mari, commun en biens, doit supporter toutes les charges du mariage. Si la femme contracte des obligations pour son entretien, elle le fait en vertu d'un mandat tacite résultant du mariage; tant que ce mandat n'est pas révoqué, le mari est obligé comme mandant. C'est donc par les principes du mandat, et non par les principes de l'autorisation que la question doit être décidée. La femme n'a pas besoin d'être autorisée, parce qu'elle agit comme mandataire du mari. Si le mari veut empêcher sa femme de l'obliger ainsi indéfiniment, il doit révoquer le mandat tacite résultant du mariage, et porter cette révocation à la connaissance du public par la voie des journaux dans les lieux où la femme réside.

125. L'article 217 ne parle que des actes extrajudiciaires. Que faut-il décider des procès? Une chose est certaine et admise par tous les auteurs, c'est que l'autorisation du mari pour les instances judiciaires peut être expresse ou tacite. L'article 215 dit simplement que la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari; il ne dit pas comment cette autorisation doit se donner. Par

(1) Arrêts de Douai du 13 mai 1846 (Dalloz, 1847, 2, 60) et de Paris du 23 février 1849 (Dalloz, 1849, 2, 135).

cela même, on reste sous l'empire des principes généraux. Or, l'autorisation est un consentement; donc elle peut, comme tout consentement, se manifester par une déclaration expresse ou par des faits (1). Mais faut-il appliquer à l'article 215 les dispositions spéciales de l'article 217 sur l'autorisation expresse et l'autorisation tacite? c'est-à-dire, l'autorisation expresse donnée à la femme pour plaider doit-elle se donner par écrit? et l'autorisation tacite ne peut-elle résulter que du concours du mari dans le procès? Il nous semble que la question doit être décidée négativement. Il est vrai qu'il y a analogie complète entre les actes judiciaires et les actes extrajudiciaires; le législateur aurait donc dû établir un seul et même principe pour toute espèce d'actes juridiques. Mais il ne l'a pas fait, et ce qu'il n'a pas fait, l'interprète le peut-il? D'après la rigueur des principes, non. Car les définitions de l'article 217 sont des dérogations au droit commun, partant de stricte interprétation; on ne peut les étendre, pas même par voie d'analogie.

La question que nous venons de soulever n'est décidée d'une manière explicite ni par la doctrine ni par la jurisprudence. Il a été jugé que lorsque le mari plaide conjointement avec sa femme, il y a autorisation tacite (2). Cela est évident. Il y a, dans ce cas, concours du mari dans l'acte, donc autorisation, même d'après l'article 217. Il a été jugé encore que le mari qui actionne sa femme en justice, l'autorise par cela même à plaider (3). Cette décision encore nous paraît incontestable. On peut dire qu'il y a concours du mari à l'acte, puisque le mari et la femme sont parties en cause dans le même procès. D'ailleurs, poursuivant sa femme en justice, son but est d'obtenir un jugement contre elle; il faut pour cela que la femme puisse se défendre; agir contre elle, c'est donc l'autoriser. Il en serait autrement si la femme intentait une action contre son mari, et si celui-ci se présentait pour se défendre. La cour de cassation a jugé qu'il n'y avait pas autorisation

(1) Dalloz, *Répertoire,* au mot *Mariage,* n° 834.
(2) Dalloz, au mot *Mariage,* n° 834, 1°-4°.
(3) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, *ibid.,* 5° et 6°.

dans ce cas. A la vérité le mari et la femme concourent dans la même instance, mais le mari conteste ce que la femme demande; or, contester, c'est dire qu'il ne trouve pas la demande fondée; ce qui implique que, si la femme s'était adressée au mari, il aurait refusé l'autorisation (1).

§ IV. *De l'autorisation de justice.*

N° 1. REFUS DU MARI.

126. Aux termes de l'article 218, « si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement, le juge peut donner l'autorisation. » L'article 219 contient une disposition analogue pour les actes extrajudiciaires. En général, la justice n'intervient pas dans l'exercice de la puissance maritale, pas plus qu'elle n'intervient pour limiter ou modifier les droits des citoyens. Pourquoi donc le code permet-il au juge d'accorder l'autorisation que le mari refuse? C'est que la puissance maritale est un devoir plutôt qu'un droit, un devoir de protection confié au mari, dans l'intérêt de la femme et de la famille; or, la protection ne doit pas dégénérer en oppression. Le refus du mari peut être injuste; dès lors il fallait ouvrir à la femme un recours devant les tribunaux. Proudhon donne une autre raison. « Le mari, dit-il, n'est que le délégué de la loi, dans l'usage du pouvoir dont elle l'a revêtu; la puissance publique, *qui absorbe tous les pouvoirs particuliers*, peut, à plus forte raison, les suppléer (2). » Nous protestons de toutes nos forces contre une pareille doctrine, c'est celle de la souveraineté absolue de l'Etat, c'est-à-dire la doctrine du pouvoir absolu, que l'Etat s'appelle république, royauté ou empire. Non, l'Etat n'absorbe pas les droits des citoyens; il a pour mission, au contraire, d'en assurer le libre exercice. Mais quand plusieurs droits sont en conflit, la justice intervient pour vider le débat. Le

(1) Arrêt de cassation du 21 janvier 1845 (Dalloz, 1845, 1, 97).
(2) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 468.

mari qui refuse injustement l'autorisation abuse de son droit, si l'on veut considérer la puissance maritale comme un droit. La femme a aussi un droit, elle a le droit de faire les actes juridiques qui l'intéressent. C'est à la justice de prononcer entre le mari et la femme.

N° 2. INCAPACITÉ DU MARI.

I. *Absence.*

127. L'article 222 porte : « Si le mari est interdit ou *absent*, le juge peut, en connaissance de cause, autoriser la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter. » Comment faut-il entendre le mot *absent?* Est-ce dans le sens légal? c'est-à-dire faut-il qu'il y ait absence déclarée ou au moins présumée, pour que le juge puisse autoriser la femme? Ou suffit-il que le mari ne soit pas sur les lieux? La question est controversée et il y a quelque doute. D'après le texte et l'esprit de la loi, il faut décider que le juge ne peut autoriser la femme que dans le cas d'absence légale. En effet, le mot *absent* a un sens technique en droit; il signifie l'incertitude qui règne sur la vie ou la mort d'une personne. On conçoit que, dans ce cas, la loi permette au juge d'autoriser la femme; il y a impossibilité pour celle-ci de se procurer le consentement de son mari, partant il y a nécessité que le juge intervienne. Où est cette nécessité quand le mari est en vie, mais qu'il ne se trouve pas sur les lieux? La règle est que le mari doit autoriser, car il s'agit de sauvegarder son autorité; c'est seulement quand il abuse de son autorité que le juge autorise. De là suit que si le mari peut manifester sa volonté, il n'y a pas lieu pour le juge à intervenir : ce serait usurper la puissance maritale et l'affaiblir. Les cas où le juge autorise sont des exceptions; ces exceptions ne doivent recevoir leur application que lorsque la règle générale ne peut pas être appliquée.

Le code de procédure confirme cette interprétation. Il contient un titre sur l'autorisation de la femme mariée; ce titre prescrit les formes que la femme doit suivre pour

obtenir l'autorisation. Les articles 861 et 862 prévoient le cas où le mari refuse d'autoriser sa femme; les articles 863 et 864, les cas où le mari est absent ou interdit. Eh bien, le code de procédure, en parlant de l'absence, ajoute une explication : « Dans le cas de l'absence *présumée* du mari, dit-il, ou lorsqu'elle aura été *déclarée.* » Voilà en quelque sorte une interprétation authentique du code civil. Si, outre le cas d'absence légale, le législateur permettait au juge d'autoriser en cas de non-présence, le code de procédure aurait prévu ce cas. S'il ne le prévoit pas, c'est que la simple non-présence ne suffit pas pour que le juge intervienne. C'est l'opinion de Marcadé, et elle a été consacrée par plusieurs arrêts (1).

Il y a cependant un motif de douter, et il a entraîné la plupart des auteurs. Dans l'ancien droit, Pothier enseignait « que la femme peut recourir à la justice lorsque le mari est trop éloigné pour donner l'autorisation aussi promptement que le cas l'exige (2). » Le législateur a-t-il eu l'intention de suivre l'opinion de Pothier? Lors de la discussion de notre titre au conseil d'Etat, le premier consul demanda si la section de législation voulait parler d'un mari seulement absent du lieu où se trouvait la femme, ou si elle parlait du mari déclaré absent. Berlier répondit que la femme serait trop longtemps dans l'impuissance d'agir, si elle devait attendre la déclaration d'absence. Cette réponse ne prouve pas encore que la loi entend le mot *absent* dans le sens de *non-présent;* Berlier suppose, au contraire, qu'il y a lieu de déclarer l'absence, ce qui implique qu'il y a présomption d'absence. Tronchet alla plus loin; il dit formellement que le juge peut autoriser la femme, bien que le mari ne soit pas éloigné, si l'urgence est telle, que la femme ne peut pas prendre l'autorisation du mari (3). On voit que Tronchet et Berlier ne sont pas tout à fait d'accord, ce qui diminue l'importance de ce débat. Cependant il est probable que les auteurs du

(1) Marcadé, t. Ier, p. 559, sur l'art. 222. Dalloz, au mot *Mariage*, n° 870.
(2) Pothier, *De la puissance du mari*, n° 12 ; Introduction au titre X de la coutume d'Orléans, n° 149.
(3) Séance du 5 vendémiaire an x, n° 40 (Locré, t. II, p. 346).

code entendaient suivre l'opinion de Pothier. Si donc nous n'avions d'autre texte que l'article 222, nous nous rangerions à l'opinion générale (1). Mais reste le code de procédure, et il nous paraît impossible de concilier l'article 863 avec cette doctrine. Qu'on voie, dans l'article 863, une interprétation de l'article 223 ou une dérogation, peu importe; toujours est-il que nous sommes en présence d'une loi postérieure au code, loi destinée à mettre l'article 223 à exécution. Il nous paraît difficile de ne pas entendre cet article dans le sens que le législateur lui donne. Nous ne parlons pas des inconvénients pratiques que l'on reproche à l'opinion que nous défendons ; ces arguments vont à l'adresse du législateur. Peut-on d'ailleurs invoquer les distances comme un obstacle lorsqu'il n'y a plus de distances?

II. *Minorité.*

128. L'article 224 porte : « Si le mari est mineur, l'autorisation du juge est nécessaire à la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter. » Dans l'ancien droit, le mari, quoique mineur, pouvait autoriser sa femme; il pouvait donc l'autoriser à faire des actes que lui-même n'avait pas le droit de faire. La raison en est, d'après Pothier, que le mari, bien que mineur, a la puissance maritale; or, le pouvoir d'autoriser était considéré comme une dépendance de la puissance que le mari a sur sa femme (2). Le code ne permet plus au mari mineur d'autoriser sa femme, il en faut conclure qu'il a changé de système. En effet, comme nous l'avons vu, l'autorisation maritale est fondée non-seulement sur la puissance du mari, mais aussi sur le devoir de protection qu'il a à remplir. C'est en ce sens que Portalis dit : Comment le mari mineur pourrait-il autoriser sa femme, alors que lui-même a besoin d'autorisation?

(1) Zachariæ, t. III, § 472, p. 329, note 27. Demolombe, t. IV, p. 264, nº 214. — Il y a des arrêts en ce sens (Dalloz, au mot *Mariage*, nº 870, et arrêt de la cour de cassation de Belgique du 8 février 1862, dans la *Pasicrisie*, 1862, 1, 162).

(2) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, nºs 29 et suiv.

L'exception établie par l'article 224 n'est pas absolue, comme celle qui résulte de l'absence ou de l'interdiction. Puisqu'elle est fondée sur l'incapacité du mari, elle doit être restreinte dans les limites de cette incapacité. Or, le mineur, quand il est émancipé, a une certaine capacité, et le mineur marié est émancipé de plein droit. De là suit que le mineur marié, capable de faire les actes d'administration, est par cela même capable d'autoriser sa femme à faire les actes d'administration. La question n'a d'importance pratique que pour les actions mobilières. En voici la raison. Si les époux sont mariés sous le régime de la communauté, le mari a l'administration des biens de sa femme; dans ce cas, la femme n'a aucun acte d'administration à faire; il ne peut donc être question de l'autoriser à agir. Il en est de même sous le régime exclusif de communauté et sous le régime dotal. Que si les époux sont séparés de biens, la femme peut faire tous les actes d'administration sans autorisation. Il y a exception, d'après l'article 215, pour les procès; la femme, même séparée de biens, ne peut ester en jugement sans autorisation; tandis que le mineur émancipé peut intenter les actions mobilières (art. 482). Le mari mineur peut par conséquent autoriser sa femme à intenter une action pareille.

129. Le code ne prévoit pas le cas où la femme est mineure. Il faut décider la difficulté d'après les principes combinés de l'incapacité de la femme mariée et de l'émancipation. La femme mineure qui se marie est émancipée par le mariage; le mineur émancipé ne peut faire certains actes qu'avec l'assistance d'un curateur; il peut, en général, faire les actes d'administration sans cette assistance. On admettait dans l'ancien droit, et on admet encore aujourd'hui, que le mari majeur est le curateur de sa femme. Voici donc la position de la femme mineure. Comme mineure émancipée, elle pourrait faire certains actes sans l'assistance de son curateur, mais étant mariée, elle a besoin de l'autorisation maritale. Le mari intervient, dans ce cas, non comme curateur, mais comme mari. Que s'il s'agit d'actes pour lesquels la femme, comme mineure émancipée, doit être assistée de son curateur, le mari intervien-

dra, et comme curateur et comme mari, pour assister sa femme et pour l'autoriser. Cette intervention ne suffit pas toujours. Pour les actes autres que ceux d'administration, la femme mineure devra, en outre, obtenir l'autorisation du conseil de famille, et, s'il y a lieu, l'homologation du tribunal.

Reste une difficulté. Si le mari est mineur, il ne peut pas être le curateur de sa femme, à raison de son incapacité; il ne pourra donc, comme nous venons de le dire, intervenir que comme mari, pour autoriser sa femme à faire les actes d'administration. S'agit-il d'autres actes, il faut à la femme mineure l'assistance de son curateur, et de plus, d'après la rigueur des principes, l'autorisation du tribunal, qui remplace celle que le mari ne peut pas lui donner à raison de sa minorité; car la femme est frappée, dans ce cas, d'une double incapacité, elle est mineure et elle est mariée; l'assistance du curateur la relève de son incapacité comme mineure; pour être relevée de l'incapacité dérivant du mariage, elle doit être autorisée du juge (1).

III. *Interdiction.*

130. Si le mari est interdit, la femme doit être autorisée du juge (art. 222). Frappé lui-même d'une incapacité absolue pour tout ce qui concerne ses intérêts pécuniaires, on conçoit qu'il ne puisse couvrir l'incapacité de sa femme par un consentement que légalement il ne peut pas donner. Que faut-il décider si le mari est en état de démence sans être interdit? Il est certain que s'il est incapable de consentir, il ne pourra autoriser sa femme, car l'autorisation est un consentement. Mais la différence est grande entre l'autorisation donnée par le mari interdit et l'autorisation donnée par le mari aliéné. La première est nulle de droit, par application du principe posé par l'article 502, lequel déclare nul tout acte passé par l'interdit; tandis qu'aucune loi ne frappe de nullité les actes passés par un aliéné. Ces

(1) Demante, *Cours analytique*, t. Ier, p. 439, n° 307 *bis* III.

actes restent dans le droit commun. C'est dire que l'autorisation sera valable, si elle a été donnée dans un intervalle lucide, et nulle, si, au moment où le mari a autorisé sa femme, il était en état de démence.

Reste à savoir comment la femme se fera autoriser, si son mari est aliéné sans être interdit. Les auteurs ne discutent pas la question. Ils semblent admettre que les tribunaux peuvent autoriser la femme. Cela nous paraît inadmissible. En principe, c'est le mari qui doit autoriser sa femme; le juge ne peut intervenir que dans les cas prévus par la loi, quand le mari est dans l'impossibilité de manifester sa volonté. La loi ne place la démence du mari parmi ces exceptions que si elle est légalement constatée par un jugement d'interdiction. D'après la rigueur des principes, il faudrait donc décider que la femme doit provoquer l'interdiction de son mari, à moins qu'elle ne se fasse autoriser par lui quand il se trouve dans un intervalle lucide.

131. Si la femme est nommée tutrice de son mari interdit, peut-elle faire en ce cas, sans autorisation de justice, les actes concernant la tutelle? L'affirmative ne souffre aucun doute. Pothier dit que sa nomination à la tutelle renferme nécessairement une *autorisation* pour administrer les biens de son mari (1). Cela est vrai; seulement au lieu d'*autorisation*, il faut dire *mandat*. La femme tutrice n'exerce pas des droits qui lui sont personnels, elle n'a donc pas besoin d'être autorisée; elle agit en vertu d'un mandat, et comme mandataire elle a le droit de faire tout ce qui est compris dans le mandat, peu importe de qui elle le tient, du mari, du conseil de famille ou du tribunal. Il va sans dire que si elle doit faire, comme tutrice, un acte qui dépasse le pouvoir d'administration, il lui faudra l'autorisation du conseil de famille et, s'il y a lieu, l'homologation du tribunal.

Quant aux biens personnels de la femme, Pothier dit aussi qu'elle peut faire, sans autorisation de justice, les actes qui les concernent, sa nomination à la tutelle lui tenant

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 26.

lieu d'autorisation. Cela est trop absolu. Il faut distinguer. Si la femme est séparée de biens, il va sans dire qu'elle peut administrer ses biens sans y être autorisée par le juge : cela est de droit commun. Il y a cependant un acte que la femme séparée ne peut pas faire, quoique séparée de biens ; elle ne peut ester en jugement, même pour une action mobilière, sans autorisation. On demande si elle le peut quand elle est tutrice de son mari interdit. La question est controversée. Nous n'hésitons pas à dire qu'elle ne le peut pas. Quoique tutrice, elle reste femme mariée, et incapable comme telle; elle doit donc être autorisée. On objecte que, comme tutrice, elle pourrait intenter une action mobilière concernant les biens de son mari; n'est-il pas absurde de la déclarer incapable de poursuivre en justice ses propres droits mobiliers (1)? La réponse est très-simple ; il y a une raison juridique de cette différence. Dans le cas de tutelle, la femme a un mandat et, comme mandataire, elle n'a jamais besoin d'autorisation. Si, au contraire, il s'agit des droits personnels de la femme, elle n'agit plus en qualité de tutrice, elle agit comme femme mariée et, comme telle, elle a besoin d'être autorisée.

Si les conjoints sont mariés sous un régime qui donne au mari l'administration des biens de la femme, dans ce cas, il faut dire avec Pothier que la femme tutrice peut administrer ses biens sans autorisation. La raison en est que la femme exerce alors un droit du mari; elle agit donc comme mandataire, quoiqu'il s'agisse de ses biens, et comme mandataire elle ne doit pas être autorisée (2).

132. La loi ne prévoit pas le cas où le mari est placé sous conseil judiciaire. En faut-il conclure avec Duranton que le mari, quoique étant incapable, peut autoriser sa femme pour toute espèce d'actes (3)? Qu'il le puisse pour les actes qu'il a le droit de faire sans l'assistance de son conseil, cela est certain, parce que cela est conforme aux principes. Celui qui est placé sous conseil est aussi capable qu'un majeur pour tous les actes qui ne lui ont pas été

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, p. 693, n° 754.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 275, n° 227.
(3) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 454, n° 506.

interdits. Capable lui-même, rien ne l'empêche d'autoriser sa femme. Mais quand il s'agit d'un acte que les tribunaux lui ont défendu de faire sans l'assistance de son conseil (art. 499 et 513), le mari ne peut plus donner d'autorisation. Il est vrai que la loi ne parle pas du mari placé sous conseil; est-ce à dire qu'elle le reconnaisse capable d'autoriser? Non, le contraire résulte de l'article 502, aux termes duquel tous actes passés par la personne placée sous conseil sans l'assistance de ce conseil sont nuls de droit. La loi assimile, sous ce rapport, la nomination d'un conseil judiciaire à l'interdiction. Or, l'interdit est légalement présumé incapable de consentir, pour tout ce qui concerne son patrimoine; donc le mari placé sous conseil est frappé de la même incapacité : incapable de consentir, il est par cela même incapable d'autoriser. C'est l'opinion générale, et elle est consacrée par la jurisprudence (1).

Mais si le mari ne peut pas autoriser sa femme, comment l'autorisation sera-t-elle donnée? La jurisprudence est divisée sur cette question, ainsi que la doctrine. D'après les uns, c'est le mari assisté de son conseil qui doit autoriser; les autres disent que c'est la justice qui doit autoriser. Nous croyons que les tribunaux n'ont le droit d'autoriser la femme que dans les cas où la loi leur donne formellement ce pouvoir, car l'intervention du juge diminue, altère la puissance maritale; or, cette puissance est d'ordre public, le juge ne peut pas plus la modifier que les conventions des parties. Cela décide la question. On ne peut pas assimiler au mineur, même émancipé, la personne placée sous conseil, car elle est majeure et, en principe, capable. Bien moins encore peut-on dire que la loi comprend parmi les interdits la personne placée sous conseil; elle agit par elle-même, assistée, au besoin, de son conseil, tandis que l'interdit n'agit point. Il est vrai que le système du code est de faire intervenir la justice quand le mari est incapable, mais, dans l'espèce, le mari ne l'est pas ; assisté de son conseil, il peut tout faire, pourquoi ne

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 875, 1°, 2°.

pourrait-il pas autoriser sa femme? L'opinioncontraire est plus généralement suivie (1).

IV. *Condamnation judiciaire.*

133. L'article 221 porte : « Lorsque le mari est frappé d'une condamnation afflictive ou infamante, encore qu'elle n'ait été prononcée que par contumace, la femme, même majeure, ne peut, pendant la durée de la peine, ester en jugement, ni contracter, qu'après s'être fait autoriser par le juge, qui peut, en ce cas, donner l'autorisation sans que le mari ait été entendu ou appelé. » Cette incapacité est fondée sur l'indignité du mari; c'est une déchéance temporaire de la puissance maritale. Si la loi permet au juge de l'entendre, c'est pour qu'il puisse s'éclairer.

V. *Du cas où le mari est intéressé.*

134. Quand la femme traite avec son mari, ou quand elle contracte avec des tiers, dans l'intérêt du mari, a-t-elle besoin d'être autorisée par justice, ou l'autorisation du mari lui suffit-elle? Cette question est vivement controversée; on peut la réduire à des termes très-simples, comme Merlin l'a déjà fait. En principe, la femme ne peut faire aucun acte juridique sans y être autorisée par son mari; par exception, l'autorisation du mari est remplacée par celle du juge, dans les cas déterminés par la loi; toute exception est de stricte interprétation; par cela seul que la femme ne se trouve pas dans un des cas exceptés, elle reste dans la règle; donc l'autorisation maritale lui est nécessaire, mais aussi elle lui suffit. On objecte le vieil adage que personne ne peut autoriser dans son propre intérêt : *nemo potest esse auctor in rem suam*. Merlin répond que ce principe, établi par les jurisconsultes romains en matière de tutelle, ne s'applique pas au mari. Il suppose que l'autorisation a pour seul but de garantir les

(1) C'est celle de Zachariæ, t. III, p. 331, note 33; de Demolombe, t. IV, p. 271, n° 226. Voyez, dans le sens de notre opinion, Magnin, *des Minorités*, n° 909. La jurisprudence dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 874.

intérêts de celui qui est autorisé : tel est le cas de la tutelle. L'autorisation maritale est exigée, avant tout, par un motif d'ordre public, comme une conséquence de la puissance maritale; sans doute, dans le droit moderne, c'est aussi une mesure de protection, mais ce n'est pas seulement pour protéger la femme que le mari intervient; il est appelé à sauvegarder les intérêts de la famille. Il n'y a donc pas lieu d'appliquer l'adage latin. D'ailleurs c'eût été au législateur à le faire; l'interprète ne peut pas créer une exception, quand il y aurait pour cela les meilleures raisons du monde (1).

Il y a un arrêt fortement motivé de la cour de Turin, en faveur de l'opinion contraire. La cour dit, et cela est incontestable, que l'autorisation du mari doit, ne fût-ce qu'en partie, garantir les intérêts de la femme et des enfants; où est la garantie quand le mari est personnellement intéressé? Si son intérêt est en opposition avec celui de la famille, ne pourra-t-il pas sacrifier à son intérêt celui de la femme et des enfants? Là où il y a conflit d'intérêts, n'importe-t-il pas que la justice impartiale intervienne (2)? Cela est vrai, mais toute cette argumentation s'adresse au législateur et non à l'interprète. La loi seule peut créer des exceptions, elle ne l'a pas fait dans l'espèce : cela décide la question.

N° 3. DES CAS DANS LESQUELS LA JUSTICE NE PEUT PAS AUTORISER LA FEMME.

135. Un arrêt récent de la cour de Paris (3) pose en principe que la disposition de l'article 219 est générale, qu'elle n'admet point d'exceptions et ne pouvait en admet-

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Puissance maritale*, § 4 (t. XII, p. 244). Demolombe, t. IV, p. 282 et suiv., n°s 232, 235 et 236. — La jurisprudence est divisée (voyez Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n°s 813 et 814. Ajoutez, dans le sens de notre opinion, arrêts de Grenoble du 11 mars 1851 (Dalloz, 1853, 2, 63), de Montpellier du 18 novembre 1853 (Dalloz, 1855, 2, 90) et de Bordeaux du 29 août 1856 (Dalloz, 1856, 2, 202).

(2) Arrêt du 17 décembre 1808 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 814, 1°). Il y a un arrêt dans le même sens de la cour de Bruxelles du 1er juin 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 274).

(3) Arrêt du 3 janvier 1868 (Dalloz, 1868, 2, 29).

tre. La cour en conclut que la justice peut toujours autoriser la femme, sur le refus du mari ; qu'elle peut notamment l'autoriser à contracter un engagement théâtral. Le principe est trop absolu, et l'application que la cour de Paris en fait nous paraît très-douteuse. L'article 219 permet au juge de donner l'autorisation, quand le mari refuse d'autoriser sa femme à *passer un acte*. Cette disposition est la suite de l'article 217, qui exige une autorisation spéciale pour chaque acte, et l'article 223 défend toute autorisation générale, sauf celle qui serait donnée par contrat de mariage à la femme pour l'administration de ses biens. Le code a donc en vue le patrimoine de la femme, les actes d'aliénation ou d'administration que la femme est dans le cas de faire pour la gestion de sa fortune. Peut-on étendre ces dispositions au cas où il s'agit d'exercer une profession quelconque? Nous ne le croyons pas.

Si la profession que la femme veut exercer est celle de commerçant, la femme doit avoir le consentement du mari, aux termes de l'article 4 du code de commerce. La plupart des auteurs enseignent que la justice ne peut pas, en ce cas, accorder l'autorisation, si le mari la refuse (1). Ne faut-il pas dire la même chose de toute profession? Nous ne partageons pas les préjugés qui existent dans nos mœurs contre le théâtre et contre les artistes; nous admettons, avec la cour de Paris, que la carrière théâtrale peut être dignement suivie; mais la cour avoue qu'elle présente bien des dangers pour une jeune femme. Abstraction faite de ces dangers, le mari peut avoir une répugnance invincible à voir sa femme sur les planches : comment admettre que le juge lui fasse violence? Ce que nous disons du théâtre, nous l'appliquons à toute espèce de profession. C'est le mari qui est le chef de la famille, c'est lui qui doit subvenir aux besoins de la femme, c'est à lui et à lui seul à voir s'il lui convient que sa femme exerce telle ou telle profession pour vivre.

(1) Pardessus, *Cours de droit commercial*, t. Ier, no 63. Bravard, *Traité de droit commercial*, édit. Demangeat, t. Ier, p. 93. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. III, § 134. Demolombe, t. IV, no 248. La jurisprudence est incertaine (Dalloz, au mot *Commerçant*, no 177).

L'autorisation d'exercer une profession quelconque est une autorisation générale. Or, les articles 217 et 223 exigent que l'autorisation soit spéciale. L'article 4 du code de commerce déroge à ces dispositions, mais seulement sous la condition que le mari donne son autorisation. Aucun texte ne permet au juge d'accorder une autorisation générale sur le refus du mari. Si le juge l'accordait, le mari pourrait défaire ce que la justice a fait. Le tribunal autorise la femme à contracter un engagement théâtral malgré le mari. Celui-ci change de domicile ; la femme doit le suivre : que devient alors l'autorisation de justice ?

136. Il y a encore d'autres actes pour lesquels le juge ne peut remplacer l'autorisation du mari. L'article 1029 porte : « La femme mariée ne pourra accepter l'exécution testamentaire qu'avec le consentement de son mari. Si elle est séparée de biens, soit par contrat de mariage, soit par jugement, elle le pourra avec le consentement de son mari, ou, à son refus, autorisée par la justice. » Il résulte clairement de cette disposition que si la femme n'est pas séparée de biens, elle ne peut pas accepter l'exécution testamentaire avec l'autorisation du juge. Nous reviendrons sur cette exception au titre des Donations.

137. L'article 1004 du code de procédure porte que l'on ne peut compromettre sur aucune des contestations qui seraient sujettes à communication au ministère public. Or, parmi ces contestations se trouvent, d'après l'article 83, n° 6 (du même code), les causes des femmes non autorisées par leurs maris. Il suit de là que la justice ne peut autoriser la femme à compromettre.

N° 4. FORMES DE L'AUTORISATION JUDICIAIRE.

138. Il faut distinguer les procès et les actes extrajudiciaires. Si la femme veut intenter une action en justice, elle doit d'abord faire sommation à son mari. Ce n'est que sur le refus du mari que la justice intervient ; il faut donc que ce refus soit légalement constaté. De là la nécessité d'une sommation. Puis la femme présente requête au président ; elle expose l'affaire et les motifs pour lesquels elle

demande l'autorisation. Sur cette requête, le président rend une ordonnance portant permission de citer le mari en la chambre du conseil. Le code de procédure (art. 861) ajoute que le mari déduira les causes de son refus devant le tribunal. Comme le juge est appelé à vider un conflit, il doit, après avoir entendu la femme, entendre aussi le mari (1).

Si le mari est absent ou interdit, on suit les formes prescrites par les articles 863 et 864 du code de procédure auxquels nous renvoyons. Si le mari est frappé d'une condamnation afflictive ou infamante, il n'y a pas de sommation à faire; et d'après l'article 221 du code civil, le juge peut, en ce cas, donner l'autorisation sans que le mari ait été entendu ou appelé. Il y a quelque difficulté quand le mari est mineur. Nous croyons avec M. Demolombe qu'il n'y a pas lieu à lui faire une sommation ni à l'appeler en la chambre du conseil. A quoi bon une sommation pour constater le refus, alors que le mari ne peut ni refuser ni consentir? A quoi bon l'appeler devant le tribunal, alors qu'il n'y a pas de conflit à vider (2)?

139. Nous avons supposé jusqu'ici que la femme est demanderessse. Ni le code civil, ni le code de procédure ne prévoient le cas où la femme est défenderesse. Proudhon indique une procédure très-simple qui est suivie dans la pratique et qui est fondée sans doute sur une vieille tradition. Le demandeur assigne le mari conjointement avec la femme. Si le mari comparaît, il devient partie au procès; il y a, en ce cas, autorisation tacite, puisqu'il y a concours du mari dans l'acte. Si le mari fait défaut, ou si, ayant comparu, il refuse d'agir avec sa femme, ou d'agir seul, le juge est appelé à donner l'autorisation (3). Berlier dit, dans l'exposé des motifs, que l'intervention du juge n'est qu'une simple formalité : c'est dire que la justice accorde toujours l'autorisation quand le mari la refuse (4).

(1) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 884.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 333, n° 253.
(3) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 468. La jurisprudence est conforme (Arrêt de la cour d'Orléans du 5 mai 1849, Dalloz, 1849, 2, 161).
(4) Locré, *Législation civile*, t. X, p. 345, n° 12.

Cela est trop absolu. Précisément parce que le mari refuse d'autoriser sa femme à se défendre, le tribunal doit examiner s'il doit, malgré ce refus, accorder l'autorisation. Le tribunal doit-il donner l'autorisation d'une manière expresse? La cour de cassation a jugé qu'elle peut être tacite. Quand le demandeur conclut à ce que le juge autorise la femme, au refus du mari, il y a autorisation implicite, si le jugement condamne par défaut le mari et la femme assignés conjointement (1).

140. Il nous reste à dire quelles sont les formes que la femme doit suivre quand il s'agit d'un acte extrajudiciaire. Il y a quelque doute sur ce point. L'article 219 porte : « Si le mari refuse d'autoriser sa femme à passer un acte, la femme peut faire citer son mari *directement* devant le tribunal de première instance de l'arrondissement du domicile commun, qui peut donner ou refuser son autorisation, après que le mari aura été entendu ou dûment appelé en la chambre du conseil. » Dans la pratique, on considère cette disposition comme abrogée par l'article 861 du code de procédure, lequel exige une une *sommation* préalable. D'après la rigueur des principes, on devrait décider qu'il n'y a pas abrogation. Le code règle seulement la procédure pour les actes extrajudiciaires; c'est l'objet de l'article 219; il ne dit rien des instances judiciaires. C'est cette lacune que le code de procédure a comblée, en statuant que la femme qui voudra se faire autoriser à *la poursuite de ses droits*, doit d'abord faire une sommation à son mari. Il est certain, quoi qu'en dise M. Demolombe, que l'expression *poursuite de ses droits* marque un procès; quand la femme passe un acte, on ne peut pas dire qu'elle poursuit un droit, puisqu'elle n'en a pas encore. Il y a donc deux dispositions distinctes et prévoyant des cas différents : comment veut-on qu'un article qui parle des procès déroge à un article qui parle des actes extrajudiciaires? Toutefois, dans la pratique on suit l'article 861 pour les actes extrajudiciaires aussi bien que pour les procès, et il y a, en effet, même raison d'exiger

(1) Arrêt du 21 février 1853 (Dalloz, 1853, 1, 157).

une sommation pour les uns comme pour les autres.

141. L'autorisation de justice, de même que l'autorisation du mari, doit être spéciale. Cela résulte de la combinaison de l'article 219 avec l'article 217. Le code exige le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit, ce qui implique la nécessité d'une autorisation spéciale. C'est cette autorisation spéciale que le juge doit suppléer, si le mari la refuse ; elle doit donc aussi être spéciale. Et ce qui est vrai du cas où le mari refuse d'autoriser sa femme s'applique, par identité de motifs, aux cas où le mari est dans l'impossibilité de l'autoriser. Si le juge donnait une autorisation générale, il empiéterait sur les pouvoirs du mari, il usurperait la puissance maritale ; car il déciderait d'avance, sans le mari ou malgré lui, ce que le mari sera appelé à décider, au fur et à mesure que la femme doit passer un acte.

La jurisprudence est conforme. Un jugement du tribunal de Bordeaux autorisa une femme mariée « à traiter et transiger avec le sieur B., ou toute autre personne, aux clauses et conditions qui lui paraîtraient les plus avantageuses à ses intérêts. » La cour de Bordeaux prononça la nullité de cette autorisation, parce qu'elle donnait trop de latitude à la femme pour répondre au but de la spécialité ; pour être spéciale, l'autorisation aurait dû déterminer l'étendue des sacrifices auxquels la femme pourrait souscrire, en restreignant ses pouvoirs dans de certaines limites. Une autorisation vague et incertaine n'est pas une autorisation spéciale (1).

§ V. *Effets de l'autorisation.*

N° 1. EFFET DE L'AUTORISATION A L'ÉGARD DE LA FEMME.

142. Pothier pose le principe en ces termes : « L'effet de l'autorisation est de rendre la femme aussi capable de l'acte pour lequel elle est autorisée qu'elle le serait si

(1) Arrêt du 18 mai 1838 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 912).

elle n'était pas mariée. » Ainsi la femme, d'incapable qu'elle était, devient capable. Est-ce à dire que l'acte soit pleinement valable en vertu de l'autorisation, et que la femme ne puisse plus l'attaquer? Non, certes. La femme ne peut plus attaquer l'acte pour cause d'incapacité, puisqu'elle est capable; mais si l'acte est vicié pour une autre cause, la femme peut en demander l'annulation. C'est ce que Pothier ajoute : « L'autorisation ne donne pas plus d'effet à l'acte qu'il n'en aurait si la femme n'était pas mariée. » Lors donc qu'une femme mineure est lésée par un acte qu'elle a fait avec autorisation, dit Pothier, l'autorisation n'empêche pas le contrat d'être susceptible de restitution (1). Il n'en serait plus de même dans notre droit moderne; le mari étant le curateur de sa femme, celle-ci en agissant avec son assistance ne peut plus se plaindre d'être lésée, car, assistée de son curateur, elle devient capable, bien entendu quand il s'agit d'un acte qu'elle peut faire avec cette simple assistance. Si c'était un acte de disposition, elle en pourrait demander l'annulation, quoique le mari l'eût autorisée, puisqu'elle ne peut le faire qu'avec l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal : l'assistance de son mari ne couvre pas cette nullité.

143. Il y a un second principe en cette matière : l'autorisation ne rend la femme capable que quant à l'acte pour lequel elle a été autorisée. Ce principe découle de la règle qui veut que l'autorisation soit spéciale; elle ne vaut donc que pour un acte déterminé. Si la femme, au lieu de faire l'acte pour lequel elle était autorisée, en fait un autre, elle ne peut plus se prévaloir de l'autorisation qui lui a été donnée; l'acte est nul comme étant fait par une femme non autorisée. Il a été jugé en conséquence que la femme autorisée à l'effet de vendre n'avait pas pu faire valablement une donation sous forme de vente. Il ne faut pas s'en tenir à l'apparence de l'acte; la donation déguisée n'est pas une vente; la femme n'était donc pas autorisée à la faire; partant l'acte, quoique qualifié de vente, était nul (2).

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 76.
(2) Arrêt de Pau du 19 mars 1831 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 915).

144. L'application de ce second principe n'est pas sans difficulté. On suppose que la femme fait un acte en exécution de celui pour lequel elle a été autorisée : est-il valable? Si l'acte d'exécution est une dépendance nécessaire du premier, de sorte qu'il y est compris à titre d'accessoire, la femme est autorisée à le faire; car on doit supposer que, lors de l'autorisation, la pensée du mari s'est portée sur l'affaire tout entière, et que par conséquent il a voulu autoriser sa femme à faire tous les actes nécessaires. Mais si l'acte que la femme passe, quoique fait en exécution de celui pour lequel elle était autorisée, est un acte d'une nature différente, un acte que le mari n'a pu prévoir parce qu'il n'était pas une dépendance nécessaire de celui pour lequel il a donné son autorisation, alors le nouvel acte est nul.

145. Le principe est incontestable, mais il n'est pas toujours facile de l'appliquer. On suppose que la femme est autorisée à demander la séparation de biens; elle est prononcée. Il est certain qu'elle pourra poursuivre l'exécution du jugement, car la loi l'oblige à poursuivre cette exécution dans la quinzaine qui suit le jugement (art. 1444). Voilà bien une dépendance nécessaire de l'acte pour lequel la femme a été autorisée. Aussi la jurisprudence décide-t-elle que le jugement donne à la femme le droit, pour mieux dire, lui impose le devoir de faire tout ce qui est nécessaire pour en obtenir l'exécution, c'est-à-dire la liquidation de la communauté et le payement de ce qui lui est dû par son mari (1). Est-ce à dire que la femme puisse faire tous les actes qui se présentent dans la liquidation de la communauté? Il faut appliquer le principe que nous venons de poser. Si l'acte est une suite nécessaire du jugement, la femme le peut faire. La cour de cassation, par application du principe, a décidé que la femme pouvait surenchérir. Il y a un motif de douter. La femme peut certainement saisir les biens immeubles de son mari, en poursuivre la vente forcée et en devenir adjudicataire ; ce sont là des actes d'exécution sans lesquels la femme

(1) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 796, 1°-3°.

ne pourrait obtenir le payement de ses droits. Mais faut-il étendre le pouvoir de la femme jusqu'à la surenchère, lorsque c'est un tiers qui s'est porté adjudicataire? La cour de Grenoble a décidé la question négativement; elle s'est fondée sur la nature de la surenchère, acte exorbitant et dangereux pour la femme; elle a invoqué l'article 217, qui porte que la femme, même séparée de biens, ne peut acquérir sans autorisation maritale. Cet arrêt a été cassé (1). Il faut d'abord écarter l'article 217, il suppose la séparation consommée; quant aux dangers que présente la surenchère, ils sont réels, mais c'est en même temps un droit précieux, une garantie pour la femme, sans laquelle elle n'obtiendrait peut-être pas le payement de ce qui lui est dû. La femme étant autorisée, par le jugement de séparation, à l'exécuter par le payement de ses droits et reprises, il en faut conclure qu'elle peut surenchérir, puisque la surenchère a précisément pour objet de réaliser ou d'assurer le recouvrement de ses reprises.

Il a été jugé par la cour de Paris que la femme ne pouvait pas, en vertu du jugement de séparation, exercer contre un tiers acheteur l'action en rescision pour lésion d'une vente faite par son mari (2). Cela nous paraît douteux. Si, comme on doit le supposer, la rescision de la vente était nécessaire pour assurer le payement des droits et reprises de la femme, pourquoi ne pourrait-elle pas intenter cette action? N'est-ce pas une suite nécessaire du jugement qui a été rendu pour garantir ses intérêts? La garantie de ses intérêts est le but, l'action en rescision est le moyen d'atteindre ce but. Cela décide, nous semble-t-il, la question en faveur de la femme.

La cour de cassation a jugé que la femme qui a obtenu la séparation ne peut, sans autorisation, ester en jugement sur une contestation élevée par la régie de l'enregistrement, concernant la quotité des droits à payer pour le jugement qui liquide la communauté. Il y a une raison de

(1) Arrêt de la cour de cassation du 29 mars 1853 (Dalloz, 1853, 1, 103). Demolombe, t. IV, p. 383, n° 292.
(2) Arrêt du 13 mars 1817 (Dalloz, au mot *Action*, n° 148). Il y a un arrêt analogue de la cour de Paris du 27 juillet 1850 (Dalloz, 1851, 2, 168).

douter; on peut dire que le jugement est le dernier acte de la liquidation, que dès lors il faut appliquer à ce jugement le principe que la femme peut faire tout ce qui est nécessaire pour le payement de ses droits et reprises. Mais il y a une raison décisive contre la femme, c'est que le jugement termine la liquidation. La défense de la femme contre les prétentions de la régie est une instance nouvelle qui n'a rien de commun avec les opérations de la liquidation ; donc il faut une autorisation spéciale (1).

146. Il a été jugé que la femme autorisée à traiter avec un tiers pour l'établissement d'une maison d'éducation, était, par cela même, autorisée à souscrire les obligations y relatives (2). Cette décision peut être fondée en fait; mais elle est formulée d'une manière trop vague; il faut la limiter en ce sens que les engagements contractés par la femme doivent être une conséquence nécessaire de l'opération que le mari a autorisée.

La cour de cassation a décidé que les obligations commerciales souscrites par la femme étaient nulles, bien qu'elles fussent contractées en exécution d'un premier engagement qu'elle avait pris avec l'autorisation de son mari, mais cet engagement était purement civil (3). Cette décision est très-juridique. Les obligations commerciales diffèrent grandement des obligations civiles ; donc la femme qui les contracte doit avoir une autorisation spéciale. Il se peut que le mari consente à ce que sa femme s'oblige civilement, mais qu'il lui refuse l'autorisation de souscrire un engagement commercial. De là la nécessité d'une nouvelle autorisation.

147. La femme est autorisée à plaider. Quels actes peut-elle faire en vertu de cette autorisation? On demande si elle peut transiger. Evidemment non. On plaide pour obtenir justice, soit en poursuivant ses droits comme demandeur, soit en repoussant la demande comme défendeur. Or, celui qui transige renonce au moins à une partie de ses droits. Donc transiger n'est pas plaider. Aussi l'arti-

(1) Arrêt de cassation du 11 janvier 1854 (Dalloz, 1854, 1, 14).
(2) Arrêt de Paris du 2 juillet 1852 (Dalloz, 1852, 2, 202).
(3) Arrêt du 26 juin 1839 (Dalloz, au mot *Compétence commerciale*, n° 225).

cle 2045 exige-t-il que celui qui transige ait la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. Certes le mari qui autorise la femme à réclamer un droit n'entend pas l'autoriser à en disposer; et en l'autorisant à défendre, il veut qu'elle combatte les prétentions du demandeur, bien loin d'abandonner son droit en tout ou en partie. Il n'y a pas de doute sur ce point.

Par la même raison, la femme autorisée à plaider ne peut se désister de sa demande sans une nouvelle autorisation; car le désistement implique une renonciation à un droit, partant une aliénation; or, ce n'est pas pour aliéner son droit que le mari a autorisé sa femme, c'est, au contraire, pour en poursuivre l'exécution forcée. Cela décide la question. La jurisprudence est unanime en ce sens (1).

Il en faut dire autant de l'acquiescement. Acquiescer n'est pas plaider, c'est reconnaître les prétentions de la partie adverse, c'est donc aussi renoncer à son droit; or, la femme a été autorisée à maintenir son droit en plaidant, et non à l'abdiquer. La question a été décidée en ce sens par un arrêt de la cour de Paris (2). Il y a un arrêt contraire de la cour de cassation (3). La cour part de ce principe que l'autorisation donnée à la femme de défendre ne lui donne pas seulement le pouvoir de suivre la procédure et de combattre les prétentions du demandeur, mais aussi d'y consentir si elle les trouve justifiées, ou d'acquiescer au jugement rendu contre elle. Nous ne pouvons admettre ce principe. Quand la femme est autorisée à plaider, c'est la justice qui est appelée à décider de son droit, c'est donc à la justice que l'on s'en rapporte, et non à elle. Or, en acquiesçant, elle arrête le cours de la justice, et c'est elle qui met fin au procès. Il y a cependant un motif de douter, lorsque l'acquiescement intervient après que le jugement a été rendu. La femme peut ne pas interjeter appel, ce qui aboutit à un acquiescement tacite; si elle peut acquiescer tacitement, pourquoi ne le pourrait-elle pas d'une manière expresse? La réponse est très-simple, c'est

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 792.
(2) Arrêt du 16 mars 1839 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 796, 4°).
(3) Arrêt du 7 décembre 1863 (Dalloz, 1864, 1, 119).

qu'il y a une différence entre l'acquiescement exprès et le fait de ne pas interjeter appel. En acquiesçant, la femme renonce au droit d'appel. Est-ce que l'autorisation de plaider implique le pouvoir pour la femme de renoncer à plaider? Tandis que si elle n'acquiesce pas, elle conserve le droit que la loi lui donne d'interjeter appel. Il est vrai qu'en définitive la femme, en gardant le silence, renonce à l'appel. Le peut-elle sans autorisation? C'est ce que nous examinerons plus loin (1).

148. La femme autorisée à plaider peut-elle déférer le serment ou accepter le serment qui lui est déféré? Non, car le serment implique une transaction; or, la femme, quoique autorisée à plaider, ne peut pas transiger. Cela décide la question pour l'acceptation du serment aussi bien que pour la délation. On fait une objection pour le cas où le serment est déféré à la femme. L'adversaire de la femme, dit-on, a le droit de lui déférer le serment; or, si l'autorisation de l'accepter est refusée à la femme, ce droit ne peut pas être exercé. Sans doute, chaque partie peut déférer le serment à l'autre. Mais est-ce là un droit absolu? Non, l'exercice d'un droit suppose la capacité des parties contractantes; or, la femme est incapable de transiger sans une autorisation spéciale, partant incapable de déférer le serment, incapable d'accepter le serment qui lui est déféré. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord (2).

La femme autorisée à plaider peut-elle faire un aveu? Nous croyons que la question doit être décidée négativement. L'aveu implique la disposition, l'aliénation du droit qui en fait l'objet; en effet, aux termes de l'article 1356, il fait pleine foi contre celui de qui il émane. Dès lors l'autorisation de plaider n'implique pas celle de faire un aveu. La femme ne peut pas transiger; or, en transigeant elle fait aussi un aveu, mais partiel, elle renonce à une partie de ses droits. A plus forte raison, ne peut-elle pas abdiquer tout son droit en faisant un aveu. Il y a un arrêt contraire de la cour de cassation, mais comme il n'est pas

(1) Voyez, dans le sens de notre opinion, un arrêt de Bruxelles du 17 février 1868 (*Pasicrisie*, 1868, 1, 405).

(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 918.

motivé, il n'a pas de valeur doctrinale (1). M. Demolombe objecte que la femme autorisée à plaider est autorisée « à courir toutes les chances de la lutte judiciaire. » Voilà une de ces phrases à effet que l'on devrait bannir du langage juridique. Sans doute la femme court les chances du procès, en ce sens qu'elle peut le perdre; elle est autorisée à le perdre par la décision du juge, mais non à le perdre en disposant de son droit, pas plus par un aveu que par le serment. Vainement dit-on que l'adversaire de la femme a le droit de la faire interroger sur faits et articles. Oui, il a ce droit, mais à condition que la femme soit capable de répondre; or, quand la réponse est un aveu, la femme est incapable; il lui faut donc une autorisation spéciale pour couvrir son incapacité (2).

149. La femme autorisée à plaider peut-elle suivre tous les degrés de juridiction, interjeter appel, se pourvoir en cassation? Il va sans dire que si l'autorisation est donnée pour un degré déterminé de juridiction, elle doit être restreinte dans cette limite. C'est l'application du principe de la spécialité. La femme autorisée à plaider en première instance, a besoin d'une nouvelle autorisation pour plaider en appel. Si elle est autorisée à plaider en appel, il lui faut une autorisation nouvelle pour aller en cassation. Si l'autorisation est donnée expressément pour toutes les instances, la femme peut-elle plaider en appel et en cassation? La doctrine et la jurisprudence admettent l'affirmative. L'autorisation, dit-on, est spéciale, puisqu'elle n'est donnée que pour un procès déterminé (3). Sans doute, mais cela suffit-il? La loi exige l'autorisation, non-seulement pour sauvegarder l'autorité maritale, mais aussi pour protéger la femme et la famille. Pour que ce but soit atteint, il faut que le mari, au moment où il autorise sa femme, se rende un compte exact de l'affaire. Il y a, sous ce rapport, une grande différence entre les contrats

(1) Arrêt du 22 avril 1828 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 919).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 373, n° 284.
(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 374, n° 285. Arrêt de la cour de cassation du 1er mars 1858 (Dalloz, 1858, 1, 104). Un arrêt de Bruxelles du 26 février 1868 admet l'autorisation générale, même tacite (*Pasicrisie*, 1868, 1, 151).

et les procès. Quand la femme passe un acte, l'affaire se consomme au moment même où le contrat se fait ; le mari sait tout ce qu'il doit savoir ; tandis que le mari qui autorise sa femme à plaider ne peut pas connaître les moyens que l'adversaire fera valoir ; l'affaire peut changer complétement de face dans le cours de la première instance ; dès lors, si l'on veut une protection efficace pour les intérêts de la femme et de la famille, il faut qu'après le jugement de première instance, il intervienne une délibération et une autorisation nouvelles. Une autorisation générale, donnée pour toutes les instances, pourrait compromettre les intérêts que le mari est appelé à garantir ; elle ne répond donc pas au but de la loi, dès lors elle est nulle.

Il y a une opinion absolument contraire à celle que nous venons de soutenir. M. Demolombe enseigne que la femme autorisée à plaider peut aller en appel et en cassation, dès que l'autorisation n'est pas limitée à une seule instance. Autorisée à plaider, la femme peut, par cela même, soutenir son droit à travers toutes les instances, même en cassation. Sur ce dernier point cependant M. Demolombe semble hésiter, car il conseille à l'adversaire de la femme de mettre le mari en cause devant la cour suprême. Il avoue qu'après chaque instance, il serait utile que le mari examinât de nouveau, la situation n'étant plus la même (1). Cet aveu est la condamnation de sa doctrine. Puisque la situation n'est plus la même, c'est comme s'il y avait un nouvel acte juridique, donc nécessité d'une autorisation nouvelle. La doctrine de Demolombe est restée isolée (2).

La jurisprudence est divisée et incertaine. Il y a des arrêts qui consacrent une distinction. La femme autorisée à plaider a gagné en première instance ; son adversaire interjette appel. Elle n'a pas besoin d'être autorisée, dit-on. A quoi bon ? Le mari veut qu'elle gagne son procès quand il l'autorise à plaider ; elle l'a gagné : dès lors l'intention du mari est certes qu'elle soutienne son droit en

(1) Demolombe. *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 375, n° 287.
(2) Voyez la doctrine dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 782, et arrêt de la cour de cassation du 15 mars 1848 (Dalloz, 1848, 1, 119).

appel. Inutile de procéder à un nouvel examen, puisque les prévisions du mari se sont réalisées. Nous croyons que, même en ce cas, il faudrait une nouvelle autorisation. L'appel interjeté par l'adversaire de la femme anéantit le jugement de première instance; un nouveau débat s'engage, il peut être de l'intérêt de la femme de transiger au lieu de plaider. Il y a telle victoire en première instance qui annonce une défaite certaine en appel. Donc nécessité d'un nouvel examen et partant d'une nouvelle autorisation. A plus forte raison, ne pouvons-nous pas admettre, avec certains arrêts, que la femme qui a succombé en première instance ait le droit d'aller en appel. On dit que l'appel est une voie ordinaire qui a dû être prévue par le mari; il y a même une cour qui est allée jusqu'à dire que l'appel n'est pas une nouvelle instance, puisqu'il s'agit toujours des mêmes droits à défendre et des mêmes questions à juger (1). Cela n'est pas exact, car de nouvelles questions peuvent se présenter en appel. D'ailleurs l'appel ne met-il pas le premier jugement à néant? N'est-il pas élémentaire qu'il y a une seconde instance? Et la femme ayant perdu en première instance, les probabilités ne sont-elles pas contre elle, tandis que, avant d'engager le procès, le mari pouvait croire que les probabilités étaient pour sa femme (2)?

On pourrait même soutenir que la femme a besoin d'autorisation, quand elle succombe en première instance, bien qu'elle n'interjette pas appel. En effet, ne pas interjeter appel, c'est se désister de ses prétentions, c'est acquiescer au jugement. Or, l'opinion presque générale est que la femme ne peut acquiescer sans une autorisation spéciale. Ce qu'elle ne peut faire directement, comment le pourrait-elle indirectement? Il est vrai que la femme ne pose aucun acte dans ce cas, elle garde le silence; mais son silence implique un acte, et un acte qui peut lui être

(1) Arrêt de Bourges du 27 novembre 1829 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 783, 3°, et *ibid.*, d'autres arrêts dans le même sens.

(2) Voyez, en ce sens, les arrêts cités par Dalloz, au mot *Mariage*, n°s 782 et 776, et arrêt de la cour de cassation du 15 décembre 1847 (Dalloz, 1848, 5, 19), de Bordeaux du 3 mars 1851 (Dalloz, 1852, 2, 44) et d'Aix du 13 mars 1862 (Dalloz, 1862, 2, 194).

très-préjudiciable, à elle et à sa famille, c'est la renonciation à une seconde instance. Ne faut-il pas que le mari intervienne pour examiner s'il y a lieu d'aller en appel, ou s'il est préférable d'acquiescer?

150. Nous avons supposé jusqu'ici que c'est le mari qui autorise sa femme. L'autorisation judiciaire est-elle régie par les mêmes principes? L'affirmative n'est pas douteuse. En effet, l'autorisation ne change pas de nature quand elle est donnée par le juge; le tribunal ne fait que prendre la place du mari. La jurisprudence est en ce sens; les arrêts que nous avons cités appliquent indistinctement au juge et au mari le principe que l'autorisation est limitée à l'acte pour lequel elle a été donnée. Elle applique également à l'autorisation judiciaire le principe que l'autorisation doit être restreinte à l'instance pour laquelle elle a été accordée. La cour de cassation interprète même d'une manière plus restrictive l'autorisation donnée incidemment par le tribunal saisi de la contestation : elle a décidé que la femme ainsi autorisée pour une première instance ne peut interjeter appel, ni défendre à l'appel interjeté par la partie adverse, sans une nouvelle autorisation, alors même que le tribunal aurait dit que la femme est autorisée à procéder et à suivre sur l'action, ces termes ne pouvant se référer qu'à l'action qui était engagée pour le moment (1). Pourquoi la cour interprète-t-elle si restrictivement l'autorisation accordée incidemment par le juge? Parce que, comme le dit un autre arrêt, l'autorisation donnée incidemment à l'instance principale est nécessairement limitée à cette instance (2).

Nous pourrions invoquer ces arrêts en faveur de notre opinion, s'il n'y en avait d'autres, émanés également de la cour de cassation, qui admettent une interprétation plus large, quand l'autorisation est donnée par le juge sur une demande principale. Ainsi il a été décidé que le jugement qui autorise une femme à ester en justice, lorsqu'il a lieu après un précédent jugement rendu contre la femme, s'ap-

(1) Arrêt du 18 août 1857 (Dalloz, 1857, 1, 333).
(2) Arrêt du 5 août 1840 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 901).

plique tant aux instances commencées qu'à celles à suivre, et par conséquent à l'appel à interjeter (1). Un arrêt plus récent a jugé que l'autorisation donnée à une femme mariée de *procéder sur sa demande* en séparation de corps doit, à raison de la généralité de ces expressions, être interprétée en ce sens qu'elle s'applique à tous les degrés de procédure; que, par suite, la femme ainsi autorisée peut, sans autorisation nouvelle, interjeter appel du jugement qui a rejeté son action (2).

Cette dernière décision nous paraît contraire au principe de la spécialité de l'autorisation. Les termes *procéder sur sa demande* ne signifient autre chose que l'autorisation de suivre l'instance qui va s'engager, c'est-à-dire la première instance. Nous avouons encore ne pas comprendre la distinction que la cour semble faire, et que M. Demolombe approuve (3), entre l'autorisation donnée incidemment et l'autorisation accordée sur une action principale. Il s'agit toujours d'un seul et même fait juridique. L'autorisation change-t-elle de caractère selon qu'elle est incidente ou principale? N'est-ce pas, dans l'un et l'autre cas, un acte de protection pour la femme? Pourquoi la femme serait-elle moins protégée quand elle demande l'autorisation par action principale? Le droit est une science logique; que la logique préside à ses décisions! L'autorisation est une; les principes qui la régissent doivent donc être identiques.

N° 2. EFFET DE L'AUTORISATION A L'ÉGARD DU MARI.

151. Les effets de l'autorisation quant au mari diffèrent selon qu'elle est donnée par lui ou par le juge. Quand c'est lui qui autorise sa femme, l'autorisation n'a, en principe, aucun effet à son égard; il n'est pas obligé par l'acte juridique que la femme fait avec son autorisation. C'est l'application du vieil adage : « Celui qui autorise ne s'oblige pas. » Cette maxime est fondée sur le motif très-simple, qu'il n'y a point d'obligation sans consentement.

(1) Arrêt du 29 juin 1842 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 201
(2) Arrêt du 23 novembre 1864 (Dalloz 1865, 1, 384).
(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 381, n° 290.

Or, celui qui autorise consent bien à ce que la personne autorisée s'oblige, mais il n'entend pas s'obliger, lui. Donc le mari qui autorise sa femme ne s'oblige pas. L'autorisation n'intervient que pour couvrir l'incapacité de la femme mariée. Elle ne peut donc, en général, avoir un effet à l'égard du mari. Cela est élémentaire ; il est inutile de citer des témoignages et des autorités. Toutefois la règle souffre des exceptions.

152. Il y a exception quand les époux sont mariés sous le régime de la communauté. L'article 1419 porte : « Les créanciers peuvent poursuivre le payement des dettes que la femme a contractées avec le consentement du mari, tant sur tous les biens de la communauté que sur ceux du mari et de la femme. » Nous dirons, au titre du *Contrat de mariage*, pourquoi et en quel sens ces dettes tombent dans la communauté ; par cela seul, elles deviennent dettes du mari ; car il est de principe que toute dette de la communauté devient dette du mari, par la raison que les biens de la communauté et les biens du mari ne forment qu'un seul et même patrimoine. Il résulte de là une conséquence très-importante. Aux termes de l'article 220, la femme marchande publique oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux. La raison en est que la femme ne peut faire le commerce sans autorisation maritale; les engagements qu'elle souscrit sont donc contractés avec le consentement du mari ; dès lors ils sont à charge de la communauté et, par suite, du mari.

L'exception établie par l'article 1419 et l'application qu'en fait l'article 220 sont limitées par la loi au régime de communauté. Elles sont, en effet, fondées sur la nature particulière de ce régime. Sous les autres régimes, il faut maintenir le principe que celui qui autorise ne s'oblige pas. Il en serait ainsi quand même l'obligation souscrite par la femme profiterait au mari, quand même elle aurait été contractée dans son intérêt. C'est la conséquence de ce principe élémentaire que personne ne peut être obligé que par son consentement. Il n'y a d'exception que lorsqu'il y a quasi-contrat de gestion d'affaires; mais ce cas n'a rien de commun avec l'autorisation maritale. Donc quand une

obligation n'est contractée ni par le mari ni pour lui et en son nom, le mari ne peut pas être obligé. L'application de ces principes n'est pas sans difficulté. Nous la renvoyons au titre du *Contrat de mariage*.

Est-ce à dire que, sous les régimes autres que la communauté, l'autorisation du mari n'ait jamais aucun effet à son égard? La décision de la question dépend de la nature du régime et des termes de l'autorisation donnée par le mari. Sous le régime de séparation de biens, les époux sont complétement étrangers l'un à l'autre en ce qui concerne leurs intérêts; le mari n'a aucun droit sur les biens de la femme; dès lors les obligations que celle-ci contracte ne peuvent avoir aucun effet à l'égard du mari. Mais sous le régime exclusif de communauté et sous le régime dotal, le mari a l'usufruit des biens de la femme. Supposons qu'il autorise sa femme à aliéner un immeuble dont il a la jouissance, cette aliénation le privera-t-elle de sa jouissance? C'est une question d'intention, et pour la connaître il faut voir les termes dont le mari s'est servi. Si le mari a autorisé sa femme à aliéner la nue propriété, il n'y a pas même de question; mais s'il l'a autorisée à aliéner la toute propriété, alors il renonce à son usufruit. On le décide ainsi par argument de l'article 1555. Nous reviendrons sur ce point au titre du *Contrat de mariage*. Notons seulement qu'il ne s'agit pas ici d'une véritable exception au principe que celui qui autorise ne s'oblige pas. Si le mari perd la jouissance, c'est que telle est sa volonté. Il n'est pas pour cela tenu de l'engagement contracté par la femme.

153. L'autorisation judiciaire n'a aucun effet à l'égard du mari, alors même que les époux sont mariés sous le régime de la communauté. Aux termes de l'article 1426, les actes faits par la femme avec l'autorisation de la justice n'engagent pas les biens de la communauté. Il n'y a d'exception à cette règle que dans les cas prévus par l'article 1427. Nous y reviendrons.

L'article 1426 ne distingue pas si la justice a autorisé la femme, sur le refus du mari, ou parce qu'il est incapable. Et il n'y a pas lieu de distinguer. En effet, aux termes de

l'article 1419, le mari n'est obligé que lorsque la femme a contracté une dette avec son consentement; or, le mari mineur ou interdit ne consent certes pas; donc il n'est pas obligé. L'article 1427 confirme cette doctrine, en disposant que la femme n'oblige la communauté et par suite le mari, en cas d'absence, que par exception à la règle générale. La règle est donc que dans tous les autres cas où le mari est incapable de consentir, il n'est pas obligé. On objecte les articles 1413 et 1417, qui ne prévoient que le cas de refus du mari; mais ces dispositions, n'étant que des applications du principe général posé par l'article 1426, doivent être interprétées dans le sens de la règle, et non comme une exception à la règle, exception que rien ne justifierait; la loi a prévu le cas ordinaire du refus, mais sans vouloir exclure les cas d'incapacité. C'est l'opinion générale (1).

§ VI. *Du défaut d'autorisation.*

N° 1. DE LA NULLITÉ.

154. Le code ne prononce pas la nullité des actes faits par la femme sans autorisation maritale, dans une disposition directe et principale; il se borne à décider dans l'article 225 quel est le caractère de la nullité. Cette disposition suppose qu'il y a nullité; elle résulte, en effet, des termes prohibitifs dont le législateur se sert pour établir l'incapacité de la femme mariée (2). Reste à savoir si la nullité est absolue ou relative. Dans l'ancien droit, elle était absolue, à ce point que la femme elle-même ne pouvait se prévaloir des actes qu'elle avait faits sans autorisation, quoiqu'ils lui fussent avantageux. On justifiait cette rigueur en disant que la nullité était fondée sur le devoir de bienséance que le mariage imposait à la femme; elle ne devait pas se mêler aux hommes, ni traiter avec

(1) Zachariæ, t. III, § 472, p. 342, note 74. Demolombe, t. III, p. 423, n° 319.
(2) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 94, n° 61.

eux, sans y être autorisée par son mari (1). Le code part d'un autre principe. Il exige l'autorisation du mari, comme conséquence de la puissance maritale et comme garantie des intérêts de la femme et de la famille. Dès lors le caractère de la nullité devait changer : d'absolue qu'elle était, elle devient relative. Aux termes de l'article 225, « la nullité fondée sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, par le mari ou par leurs héritiers. » Cette disposition ne fait qu'appliquer le principe général qui régit les nullités : quand elles ne sont pas absolues, elles ne peuvent être invoquées que par ceux dans l'intérêt desquels elles sont établies (2). La femme peut opposer la nullité parce qu'elle est incapable ; le mari le peut parce que son autorité a été méconnue ; les héritiers le peuvent parce que l'autorisation a pour but de sauvegarder les intérêts de la famille.

155. Les tiers ne peuvent donc pas se prévaloir du défaut d'autorisation, peu importe qu'ils soient parties au contrat ou non. Quand ils ont contracté avec la femme non autorisée, ils sont repoussés par l'article 1125. Alors même qu'ils n'auraient pas contracté, ils ne peuvent pas demander la nullité, par la raison très-simple que la nullité est relative et qu'elle n'a pas été introduite en leur faveur. La jurisprudence est constante en ce sens, et elle doit l'emporter sur les hésitations qui existent dans la doctrine.

La femme consent une hypothèque sans autorisation maritale. Il y a nullité ; le tiers détenteur de l'immeuble hypothéqué peut-il l'opposer? La cour de Lyon a décidé qu'il ne le pouvait pas (3). La femme fait une surenchère sans y être autorisée ; l'acte est nul, car le surenchérisseur contracte une obligation, et la femme ne peut s'obliger sans autorisation. On demande si l'adjudicataire ou un tiers acquéreur peut invoquer la nullité. Les cours de Grenoble et de Caen ont jugé qu'ils ne le peuvent (4).

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Autorisation maritale*, sections I et II.
(2) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 107, n° 72.
(3) Arrêt du 27 mars 1832 (Dalloz, au mot *Priviléges et Hypothèques*, n° 1216.
(4) Arrêts de Grenoble du 11 juin 1825 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 948); de Caen du 9 janvier 1849 (Dalloz, 1853, 2, 36).

Vainement objecte-t-on que les tiers n'ayant pas traité avec la femme, ils ne sont pas en faute (1). La considération de la faute est étrangère à la question. Il s'agit uniquement de savoir si la nullité est absolue ou si elle est relative; l'article 225 décide qu'elle est relative, et il indique les personnes dans l'intérêt desquelles elle est établie et qui, par suite, peuvent s'en prévaloir. Donc toute autre personne ne le peut pas; ce qui exclut tous tiers. Il est vrai que l'article 1125 ne parle que des personnes qui ont contracté avec la femme mariée; mais qu'importe? C'est l'article 225 qui pose le principe; l'article 1125 n'a qu'un seul objet, c'est de dire que les personnes capables qui traitent avec un incapable ne peuvent se prévaloir de son incapacité; il ne dit pas que les tiers qui n'ont pas été parties au contrat le peuvent; l'article 225 décide qu'ils ne le peuvent pas.

156. Ces principes s'appliquent à la femme qui este en justice sans autorisation maritale. Si la femme intente une action sans y être autorisée, l'assignation est nulle, mais le défendeur ne peut pas opposer cette nullité. Est-ce à dire que le défendeur ne puisse pas demander que la position de la femme soit régularisée? Il le peut certainement, car il a intérêt à ne pas s'engager dans une procédure frustratoire. A quoi lui servirait-il de gagner son procès, puisque la femme pourrait lui opposer la nullité du jugement? Quelle voie doit-il prendre? Il peut ou mettre le mari en cause, ou opposer une exception dilatoire à la femme. Ce dernier point est controversé. A la rigueur, le défendeur ne peut pas plus opposer la nullité par voie d'exception que par voie d'action. L'opinion contraire prévaut cependant dans la doctrine et dans la jurisprudence (2). Nous n'insistons pas, puisque c'est une question de procédure.

Si la femme est défenderesse, l'assignation est nulle, par cela seul qu'elle est donnée contre la femme seule; par suite, toute la procédure ainsi que la sentence sont égale-

(1) C'est l'opinion de Troplong, *des Hypothèques*, t. IV, n° 955.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Autorisation maritale*, section III, § 4. Demolombe, t. IV, p. 457, n° 351. Dalloz, au mot *Mariage*, n° 949.

ment nulles. Pothier le décide ainsi, et la jurisprudence est dans le même sens (1). On objecte que cette jurisprudence est dure (2). Soit, il faut répondre avec les jurisconsultes romains : La loi est dure, mais c'est une loi. Permettre au juge d'invoquer l'équité contre la sévérité de la loi, c'est le mettre au-dessus du législateur.

157. La nullité qui résulte du défaut d'autorisation est une nullité relative, comme toutes les nullités fondées sur l'incapacité. Aux termes de l'article 1125, « le mineur, l'interdit et la femme mariée ne peuvent attaquer, pour cause d'incapacité, leurs engagements que dans les cas prévus par la loi. » Cette disposition est mal rédigée; elle met sur la même ligne toutes les nullités résultant de l'incapacité, tandis qu'il y a des différences considérables entre le mineur, d'une part, et la femme mariée et l'interdit, d'autre part.

La question est de savoir si les actes passés par les incapables sont nuls de droit, en ce sens qu'il suffit que l'acte soit fait par un incapable pour qu'il doive être annulé. Il en est ainsi de l'interdit, d'après l'article 502, qui porte : « Tous actes passés par l'interdit postérieurement au jugement portant interdiction seront nuls de droit. » On sait qu'il n'en est pas de même des actes passés par les mineurs ; à eux on peut appliquer à la lettre l'article 1125; ils ne peuvent attaquer les actes qu'ils font que dans les cas prévus par la loi, et il faut ajouter, pour les causes qu'elle prévoit. Doit-on assimiler les femmes mariées aux mineurs ou aux interdits? Il faut dire d'elles ce que la loi dit des interdits : les actes qu'elles passent sans autorisation sont nuls de droit. Elles peuvent les attaquer par cela seul qu'elles n'ont pas été autorisées, et le tribunal devra prononcer la nullité. Elles n'ont pas besoin de prouver qu'elles ont été lésées. Pourquoi la loi n'exige-t-elle pas que les femmes prouvent la lésion, comme elle l'exige, en général, des mineurs? Parce que la nullité est fondée sur ce que la puissance maritale a été méconnue; cela n'a

(1) Pothier, *De la puissance du mari*, n° 55. Dalloz, au mot *Mariage*, n° 860.

(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 459, n° 352.

rien de commun avec la lésion. Il va sans dire que dans les cas où la femme n'a pas besoin d'autorisation, il ne peut être question de nullité.

N° 2. QUI PEUT OPPOSER LA NULLITÉ.

I. *Du mari.*

158. L'action en nullité appartient au mari, d'après l'article 225. Tant que dure le mariage, son droit est incontestable; il peut attaquer l'acte fait par la femme sans y être autorisée, en se fondant sur le seul défaut d'autorisation. L'intérêt du mari est moral dans ce cas; il venge son autorité que la femme a méprisée. Notre texte le dit : « La nullité *fondée sur le défaut d'autorisation.* » Le mari peut-il encore attaquer l'acte après la dissolution du mariage? Il ne le peut plus au nom de la puissance maritale violée, puisqu'il n'y a plus de puissance à sauvegarder. Le peut-il s'il y a un intérêt pécuniaire? Oui; l'article 225 le prouve, puisqu'il donne l'action en nullité aux héritiers du mari; à plus forte raison, le mari doit-il l'avoir; mais comme il ne peut plus agir en vertu d'un intérêt moral, et qu'il n'y a pas d'action sans intérêt, il faut dire qu'il devra fonder son action sur un intérêt pécuniaire. Cela arrivera rarement, mais cela peut arriver. La femme a renoncé à une succession mobilière qui devait entrer en communauté; ses cohéritiers se sont emparés du mobilier héréditaire. Dans ce cas, le mari a certes intérêt à demander la nullité de la renonciation : s'il ne l'a pas fait pendant le mariage, il pourra le faire après la dissolution du mariage. Ses créanciers mêmes le pourraient, parce que le droit du mari est purement pécuniaire; tandis qu'ils ne pourraient pas agir pendant le mariage, parce qu'alors le droit du mari est purement moral (1).

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 567, article 225, n° III. La cour de cassation a décidé que les créanciers peuvent agir même pendant le mariage, si le mari a un intérêt pécuniaire à l'annulation (arrêt du 14 août 1822, dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 939). Nous reviendrons sur la question, au titre *des Obligations*.

II. *De la femme.*

159. La femme peut demander la nullité en se fondant sur le défaut d'autorisation. Elle le peut sans qu'elle soit tenue de prouver qu'elle a été lésée. La loi ne l'exige pas, et avec raison. Il n'y a pas à distinguer s'il s'agit d'un acte d'administration ou d'un acte de disposition. On fait cette distinction pour le mineur; on ne la fait pas pour la femme mariée, et il n'y avait pas lieu de la faire. La loi veut que la femme soit autorisée, pour sauvegarder non-seulement ses intérêts, mais ceux de toute la famille. Puisque l'autorisation est considérée comme nécessaire pour protéger la famille, la conséquence en doit être que par cela seul que la femme a agi sans être autorisée, ces intérêts sont présumés lésés. Donc la femme doit avoir le droit d'agir en nullité, par cela seul qu'elle n'a pas été autorisée.

160. La femme peut-elle demander la nullité si elle n'a pas déclaré, dans l'acte, qu'elle était mariée? ou si elle s'est déclarée fille ou veuve? ou si elle a employé des manœuvres frauduleuses pour faire croire qu'elle n'était pas mariée? Nous croyons qu'il faut distinguer. Si la femme figure dans une instance judiciaire, ou dans un acte, comme fille, sans qu'elle ait fait de déclaration à cet égard, elle peut agir en nullité. Dans ce cas, il n'y a aucun doute et tout le monde est d'accord (1). On ne peut rien reprocher à la femme que son silence, mais ce n'est pas à elle à faire connaître sa qualité; c'est à celui qui traite avec elle à s'en informer. La question devient plus douteuse quand la femme s'est déclarée fille ou veuve. Si elle n'a pas employé de manœuvres frauduleuses, il faut appliquer par analogie l'article 1307, qui porte : « La simple déclaration de majorité, faite par le mineur, ne fait point obstacle à sa restitution. » Pourquoi la loi permet-elle au mineur d'agir en nullité, quoiqu'il se soit dé-

(1) Marcadé, t. Ier, p. 567, article 225, no II. Arrêt de la cour de cassation du 15 novembre 1836 (Dalloz, au mot *Mariage*, no 959, 3o).

claré majeur? Si la simple déclaration de majorité suffisait pour valider l'acte fait par un mineur, la protection que la loi a voulu lui assurer serait le plus souvent illusoire; la déclaration de majorité deviendrait de style, et le mineur serait sans garantie. Ces motifs s'appliquent aussi à la femme mariée (1); il faut donc dire avec l'adage que là où il y a même raison de décider, il doit y avoir même décision. Les tiers diront-ils qu'ils ont été trompés? Cette considération n'a pas arrêté le législateur quand il s'agit des mineurs : elle ne doit pas davantage nous arrêter quand il s'agit d'une femme mariée. C'est aux tiers à s'informer, et rien n'est plus facile, puisque les registres de l'état civil sont publics. Le principe est généralement admis par la doctrine et par la jurisprudence. Marcadé objecte qu'il y a une différence entre le mineur et la femme mariée; que l'on peut, au seul aspect de la figure d'un mineur, deviner ou soupçonner son âge; tandis que l'on ne peut pas lire, sur le visage d'une femme de trente ans, si elle est mariée, veuve ou fille. Singulier argument! Que faudrait-il donc décider si la femme avait vingt et un ans? Ce n'est pas la figure que les tiers doivent consulter, ce sont les actes de l'état civil.

La jurisprudence est, en général, en ce sens (2). Il y a cependant un arrêt contraire de la cour de cassation. Elle a jugé que si la femme se dit autorisée par son mari dans un acte d'appel, et si elle paraît sous le même titre dans les qualités de l'arrêt, elle ne peut pas agir en nullité; la cour se fonde sur l'authenticité des actes dans lesquels la femme a été dite autorisée; ces actes, dit-elle, font foi en justice, jusqu'à inscription de faux (3). Il y a là une singulière confusion d'idées. Qu'est-ce qui est prouvé jusqu'à inscription de faux par l'acte où la femme se déclare autorisée? C'est le fait matériel que la femme a fait cette déclaration; mais il ne prouve pas que cette déclaration soit vraie, il ne prouve pas que la femme est réellement auto-

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, n° 54.
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, n° 959, et arrêt de Dijon du 1er juin 1854 (Dalloz, 1856, 2, 230).
(3) Arrêt du 24 février 1820 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 959, p. 445).

risée. Si elle ne l'a pas été, elle peut demander la nullité, sans qu'on puisse lui opposer la déclaration mensongère qu'elle a faite.

161. Reste la dernière hypothèse. La femme a employé des manœuvres frauduleuses, elle a produit un faux acte de décès pour faire croire qu'elle est veuve. Peut-elle, en ce cas, agir en nullité? Il est certain qu'elle est responsable de son dol, et qu'elle doit réparer le dommage qu'elle cause. La difficulté est de savoir en quoi consistera cette réparation? L'opinion la plus générale et la plus juridique, à notre avis, est que dans ce cas l'acte reste valable, et que la femme n'en peut demander la nullité. On le décide ainsi par analogie de l'article 1310, qui porte : « Le mineur n'est point restituable contre les obligations résultant de son délit ou de son quasi-délit. » Il résulte de là que le mineur ne peut pas demander la nullité des actes dans lesquels il a employé des manœuvres frauduleuses pour tromper les tiers, car ce fait est plus qu'un quasi-délit, c'est un délit civil et parfois un délit criminel. Ici l'analogie entre le mineur et la femme mariée est complète; il faut donc admettre la même décision. Zachariæ objecte l'article 216, aux termes duquel l'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle. La réponse à l'objection est très-facile : la femme n'est pas poursuivie criminellement; il s'agit d'intérêts purement civils; de là suit que l'obligation qu'elle contracte est nulle; seulement la femme n'en peut demander la nullité à raison de son délit. Telle est l'opinion commune (1). Elle est fondée en raison aussi bien que sur les textes. La partie trompée a droit à une réparation; la plus naturelle est de maintenir à son profit l'acte nul, en lui permettant d'opposer l'exception de nullité à la femme qui invoquerait le défaut d'autorisation.

Les tiers peuvent être induits en erreur sans qu'il y ait dol de la part de la femme. Pothier suppose qu'une femme n'est pas avec son mari; on ignore son mariage dans le

(1) Voyez les auteurs et les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 960.

lieu où elle demeure; elle passe dans le public pour fille. Si elle contracte sans autorisation maritale, pourra-t-elle demander la nullité? Pothier décide qu'elle sera valablement engagée. Comme il n'était guère possible, dit-il, en ce cas, aux personnes qui ont contracté avec cette femme, de s'informer si elle était mariée, on ne peut leur imputer de ne l'avoir pas fait. C'est le cas d'appliquer la vieille maxime que l'erreur commune fait droit (1). Cette opinion est généralement suivie, et elle a été consacrée par la jurisprudence (2). Elle est sans doute fondée en équité; mais l'interprète peut-il admettre une exception fondée sur l'équité, alors que cette exception déroge à un texte de loi? Pothier le pouvait, et il lui arrive bien souvent de décider en équité; mais Pothier n'était pas lié par un code; il lui était donc permis, en un certain sens, de faire le droit. Il n'en est pas de même sous l'empire de notre législation, comme nous en avons déjà fait la remarque (3). Il faut laisser là l'équité, et consulter les principes. La maxime que l'erreur commune fait droit est fausse, car jamais l'erreur ne peut faire droit. Mais il faut voir qui a produit cette erreur. Si c'est la femme, ne peut-on pas dire qu'elle s'est rendue coupable d'un quasi-délit? Pour qu'il y ait quasi-délit, il suffit que l'on cause un dommage par son fait, par sa négligence, par son imprudence. La femme, pas plus que le mineur, n'est restituable contre ses quasi-délits (art. 1310). En ce sens, nous admettons qu'elle ne peut pas demander la nullité des engagements qu'elle a contractés, alors que c'est par son fait que les tiers ont ignoré son mariage. A plus forte raison en serait-il ainsi si les époux avaient tenu leur mariage secret (4).

162. L'article 1312 modifie les principes que nous venons d'exposer, en ce sens que si la femme a obtenu l'annulation d'un acte passé sans autorisation, elle est tenue de rembourser ce qu'elle a reçu en vertu de cet en-

(1) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, nº 54.
(2) Demolombe, t. IV, p. 429, nº 332. Arrêt d'Agen du 18 novembre 1822 (Dalloz, au mot *Mariage*, nº 385).
(3) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 41, nº 29.
(4) Arrêt de la cour de cassation du 1er septembre 1808 (Dalloz, au mot *Mariage*, nº 962, 1º). Comparez Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 403.

gagement, sur la preuve faite par le créancier que ce qui a été payé a tourné à son profit. Cette disposition est commune à tous les incapables ; elle est fondée sur la maxime d'équité que personne ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui. L'application donne lieu à quelque difficulté. La femme emprunte une somme de dix mille francs; nous supposons que l'emprunt a tourné à son profit. En résultera-t-il qu'elle ne pourra demander la nullité de l'emprunt? La jurisprudence semble décider que l'acte fait sans autorisation est validé quand il a profité à la femme (1); elle considère l'article 1312 comme une exception à la règle posée par l'article 217 (2). Cela n'est pas tout à fait exact. L'article 1312 suppose, au contraire, que la femme a été admise à se faire restituer contre l'engagement qu'elle a contracté sans y être autorisée. Naît alors la question de savoir si elle doit rembourser ce qu'elle a reçu; le code décide qu'elle n'est pas tenue au remboursement, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qui a été payé a tourné à son profit. L'acte est donc annulé, alors même qu'il a profité à la femme. Seulement il faut ajouter qu'elle n'a aucun intérêt à demander la nullité, si l'acte lui a profité pour le tout, car, dans ce cas, elle devra restituer le tout.

163. Les créanciers et ayants cause de la femme peuvent-ils opposer la nullité? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse; elle est enseignée par tous les auteurs, à l'exception de Toullier (3). C'est une application de la règle générale posée par l'article 1166. Les créanciers peuvent exercer tous les droits de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. Or, le droit de la femme de demander la nullité est un droit purement pécuniaire, donc il rentre dans la règle et non dans l'exception. On objecte les termes restrictifs de l'article 225 : « La nullité *ne* peut être opposée *que* par la femme, par le mari ou par leurs héritiers. » Cet argu-

(1) Arrêt de la cour de cassation du 12 mars 1844 (Dalloz, au mot *Mariage*, nº 942).
(2) Arrêt de la cour de cassation du 24 janvier 1855 (Dalloz, 1855, 1, 95).
(3) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Mariage*, nº 939.

ment, qui a entraîné quelques cours (1), est sans valeur. Si le législateur s'est exprimé dans des termes restrictifs, c'est qu'il voulait déroger à l'ancien droit, qui considérait la nullité résultant du défaut d'autorisation comme une nullité absolue, d'intérêt général, et permettait en conséquence à toute personne intéressée de l'opposer ; le code en fait une nullité relative ; c'est là tout ce que l'article 225 veut dire (2).

III. *Les héritiers.*

164. L'article 225 dit que les héritiers du mari et de la femme peuvent opposer la nullité. Il n'y a aucune difficulté pour les héritiers de la femme ; il était même inutile de leur accorder ce droit par un texte de loi ; il va sans dire que les droits pécuniaires de la femme passent à ses héritiers. Quant aux héritiers du mari, Demante dit que c'est mal à propos que la loi les comprend parmi les personnes qui peuvent demander la nullité (3). Il est certain qu'ils ne peuvent pas invoquer un droit moral, car il n'y a plus de mariage, plus de puissance maritale. Peuvent-ils invoquer un droit pécuniaire? On prétend que le mari même n'aurait pas d'intérêt ; donc ses héritiers ne peuvent pas en avoir. Nous avons cité, d'après Marcadé, le cas où la femme renonce à une succession mobilière. On objecte contre cette hypothèse que c'est le mari qui a le droit de l'accepter ou de la répudier, que partant la renonciation de la femme est nulle, abstraction faite du défaut d'autorisation (4). Nous examinerons la question au titre du *Contrat de mariage*. Toujours est-il que le mari peut demander la nullité de la renonciation en se fondant sur le défaut d'autorisation, et par suite ses héritiers le peuvent. Il y a une hypothèse

(1) Arrêts de Bruxelles du 30 janvier 1808, d'Angers du 1er août 1810 et de Grenoble du 2 août 1827 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 939).

(2) Voyez, en ce sens, un jugement fortement motivé du tribunal de Gand confirmé par arrêt de la cour de Gand du 6 août 1862 (*Pasicrisie* 1863, 2, 54).

(3) Demante, *Cours analytique*, t. 1er, p. 439, n° 308 *bis* I.

(4) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 435, n° 341.

dans laquelle ce droit est incontestable : lorsque la succession est partie mobilière, partie immobilière, la femme a le droit de l'accepter ou de la répudier. Si elle fait la renonciation sans y être autorisée, l'acte est nul, le mari peut en demander la nullité, même après le mariage, donc ses héritiers le peuvent.

N° 3. DE LA CONFIRMATION.

165. La nullité résultant du défaut d'autorisation peut être couverte par la confirmation, comme toute nullité. C'est l'application du principe général posé par l'article 1338. Pour la femme, il n'y a aucune difficulté ; elle peut confirmer l'acte qu'elle a fait sans y être autorisée, soit pendant le mariage, soit après la dissolution du mariage. Si elle confirme pendant le mariage, il lui faut l'autorisation maritale ; dans ce cas, l'acte devient pleinement valable à l'égard du mari comme à l'égard de la femme, et par suite à l'égard de leurs héritiers. Si la femme confirme après la dissolution du mariage, la confirmation est valable à son égard et à l'égard de ses héritiers ; mais elle n'enlève pas au mari le droit qu'il avait de demander la nullité. La femme peut bien renoncer au droit qui lui appartient, mais elle ne peut pas renoncer au droit qui appartient au mari ou à ses héritiers.

166. Le mari peut aussi confirmer l'acte que la femme a fait sans son autorisation. Cette confirmation aura-t-elle pour effet de valider l'acte à l'égard de la femme? La question est très-controversée. Il faut d'abord distinguer si le mari a confirmé pendant le mariage ou après la dissolution du mariage. Si la confirmation a eu lieu pendant le mariage, elle valide l'acte, même à l'égard de la femme. Dans l'ancien droit, cela était admis sans contestation quant au principe. Le principe nous paraît en effet incontestable. Pourquoi l'autorisation est-elle exigée? Pour couvrir l'incapacité de la femme. C'est un consentement donné à l'acte que la femme veut passer ; or, la confirmation vaut consentement, en ce sens qu'elle

efface le vice qui dérivait du défaut de consentement.

Le code applique ce principe dans l'article 183. La femme mineure contracte mariage sans le consentement de ses père et mère. Il en résulte une action en nullité pour la femme à raison de son incapacité, et pour les parents parce que l'autorité paternelle a été méprisée. Mais si les ascendants confirment le mariage, la femme ne peut plus demander la nullité. Il y a analogie complète entre ce cas et celui où la femme fait un acte sans autorisation maritale. Dans les deux cas, il s'agit d'un incapable, qui peut demander la nullité à raison de son incapacité; dans les deux cas, la nullité est couverte par le consentement de celui dont l'autorité a été méconnue. Dès que ce consentement intervient, la femme cesse d'être incapable, elle ne peut donc plus invoquer son incapacité pour agir en nullité (1).

On objecte que l'acte fait par la femme sans être autorisée est nul; qu'il en résulte, pour la femme, le droit d'agir en nullité, que ce droit ne peut pas lui être enlevé par le mari. La réponse se trouve dans l'article 183; la femme qui se marie sans le consentement de ses ascendants a aussi l'action en nullité, ce qui n'empêche pas que la confirmation des ascendants lui enlève ce droit. Il y a de cela une raison très-simple. Pourquoi, dans l'un et l'autre cas, la femme a-t-elle le droit d'agir en nullité? Elle le tient du défaut de consentement de celui qui est appelé à couvrir son incapacité; si ce vice est effacé par un consentement postérieur, la femme cesse par là même d'être incapable; elle n'a donc plus de droit à exercer.

Merlin invoque la discussion du conseil d'Etat. Ce qui prouve combien la discussion est peu probante, c'est que Marcadé s'en prévaut en faveur de l'opinion que nous soutenons. Le projet soumis au conseil contenait, à la suite de l'article 217 actuel, un alinéa ainsi conçu : « Le consentement du mari, quoique postérieur à l'acte, suffit pour le valider. » Cette disposition fut retranchée; donc, dit Mer-

(1) C'est l'opinion de Zachariæ, t. III, p. 344-446, § 472, et des auteurs cités dans Dalloz, au mot *Mariage*, n° 857, p. 415.

lin, la confirmation du mari ne valide pas l'acte à l'égard de la femme (1). C'est mal raisonner, dit Marcadé. Le conseil d'Etat adopta, au contraire, la disposition du projet. C'est la section de législation qui, sur un renvoi prononcé par le conseil, la supprima. Pourquoi? On l'ignore (2). Il y a une autre réponse à faire à Merlin. La disposition du projet ne concernait pas la confirmation; elle posait comme principe que l'autorisation pouvait se donner postérieurement à l'acte. C'est ce principe qui a été rejeté; quant à la confirmation, il n'en était pas question dans le projet; on ne peut donc pas dire que le conseil l'ait repoussée. Que l'on ne dise pas que c'est une querelle de mots; les conditions de la confirmation sont plus rigoureuses que celles de l'autorisation; la confirmation présente donc plus de garantie.

La jurisprudence est contraire; mais les arrêts ont peu de valeur doctrinale en cette matière, parce que la plupart ne discutent pas la question; ils se bornent à invoquer l'article 217, qui exige que l'autorisation soit donnée avant l'acte, ou au plus tard lors de l'acte; d'où ils concluent que l'autorisation ne peut pas être postérieure (3). Cela est évident, mais ce n'est pas là la question. Il s'agit de savoir si le mari peut confirmer; cette question est décidée, non par l'article 217, mais par l'article 1338.

Il n'y a qu'une objection sérieuse contre l'opinion que nous soutenons. Si le mari peut confirmer, dit-on, la confirmation peut aussi être tacite; or, elle est tacite dans le cas de l'article 1304, c'est-à-dire quand dix années se sont écoulées sans que le mari ait intenté l'action; donc si ces dix ans se sont écoulés pendant le mariage, la femme ne pourra plus agir; cependant l'article 1304 lui donne ce

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Autorisation maritale*, sect. VI, § III, n° 2, et § IV.

(2) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. Ier, p. 565, art. 225, n° I.

(3) Arrêts de Grenoble du 26 juillet 1828 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 857, 1°); de Rouen, 18 novembre 1825 et de la cour de cassation du 12 février 1828 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1971, p. 444); de la cour de cassation du 22 mars 1831 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 858) et du 26 juin 1839 (Dalloz, au mot *Compétence commerciale*, n° 225); de Paris, 23 février 1849 (Dalloz, 1849, 2, 135); de Bruxelles du 1er juin 1857 (*Pasicrisie*, 1857, 2, 272).

droit pendant dix ans à partir de la dissolution du mariage (1). L'argument est spécieux, nous l'écartons comme prouvant trop. Il implique que la femme a un droit absolu d'agir pendant dix ans à partir de la dissolution du mariage. L'article 1304 ne dit pas cela ; il règle seulement le point de départ de la prescription en ce qui concerne la femme. La prescription suppose qu'il y a encore un droit à exercer. Or, si le mari a confirmé l'acte, soit expressément, soit tacitement, il n'y a plus de droit, il n'y a plus d'action en nullité, dès lors il ne peut plus s'agir de prescription.

167. On demande si le mari peut encore confirmer après que la femme a intenté l'action en nullité? La négative ne souffre aucun doute. Confirmer, c'est approuver ce que la femme a fait, c'est donc consentir avec la femme. Cela suppose que le consentement de la femme subsiste. Si elle a révoqué son consentement, il est impossible que le mari approuve ce que la femme ne veut pas faire. Le mari ne peut pas imposer à la femme un acte dont celle-ci ne veut pas. Si donc la femme a rétracté son consentement, n'importe de quelle manière, il ne peut plus y avoir de confirmation (2). Quand la femme a révoqué son consentement en intentant une action en nullité avec autorisation de justice, il y a encore une autre raison de décider, c'est que la femme a usé d'un droit; son action est régulière et par suite valable (3).

168. La confirmation du mari a un effet rétroactif, comme toute confirmation. Dans l'ancien droit, on décidait que la confirmation n'avait d'effet que du jour où elle était donnée. On considérait l'acte fait par la femme sans autorisation comme absolument nul, comme n'existant pas aux yeux de la loi; or, ce qui n'existe pas ne peut pas être confirmé. La confirmation n'était admise que comme une nouvelle autorisation, elle ne pouvait donc valoir que pour l'avenir (4). Telle n'est plus la théorie du code. L'acte fait

(1) Valette sur Proudhon, t. Ier, p. 467, note. Demolombe, t. IV, p. 261, no 211.

(2) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 467.

(3) Zachariæ, *Cours de droit civil français*, t. III, p. 345, note 85.

(4) Pothier, *Traité de la puissance du mari*, no 74.

par la femme est seulement vicié par le défaut d'autorisation; la confirmation tient lieu d'autorisation; dès lors l'acte devient pleinement valable.

169. Le mari peut-il encore confirmer l'acte après la dissolution du mariage? Il peut certes renoncer à l'action en nullité qui lui appartient; mais cette confirmation n'a pas d'effet à l'égard de la femme ou de ses héritiers. En effet, à l'égard de la femme, la confirmation vaut autorisation; or, après la dissolution du mariage, il n'y a plus lieu d'autoriser, car autoriser, c'est consentir en vertu de la puissance maritale, et la puissance du mari cesse avec le mariage.

CHAPITRE VII.

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE.

170. Aux termes de l'article 227, le mariage se dissout par la mort de l'un des époux et par le divorce légalement prononcé. Le code ajoute : « Par la condamnation devenue définitive de l'un des époux à une peine emportant mort civile. » En Belgique, ainsi qu'en France, la mort civile est abolie.

Quand le mariage est dissous par le divorce, les époux peuvent contracter un nouveau mariage. Ce droit est soumis à quelques limitations, que nous exposerons au titre du Divorce. Le droit du conjoint survivant de se remarier est aussi restreint par une condition spéciale, quand c'est la femme qui survit. Elle ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent (art. 228). Il en résulte un empêchement prohibitif, comme nous l'avons déjà dit en traitant des causes de nullité du mariage. Nous avons aussi examiné la question de savoir si l'article 228 peut être appliqué au

cas où le mariage est annulé (1). Nous verrons plus loin à quel père appartient, en cas de second mariage de la mère, l'enfant né avant les trois cents jours de la dissolution du premier mariage.

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 475, n° 362 et suiv., et p. 611, n° 483.

TITRE VI.

DU DIVORCE (1).

CHAPITRE Ier.

CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES.

§ Ier. *Le divorce et la séparation de corps.*

171. Nous n'avons pas à discuter la question du divorce au point de vue de la philosophie et de l'histoire. Nos *Principes* sont un ouvrage de droit positif; il faut donc nous borner à exposer les motifs pour lesquels les auteurs du code ont admis le divorce. Ils partent du principe que le mariage est contracté dans un esprit de perpétuité. Le vœu de la perpétuité, dit Portalis, est le vœu même de la nature (2). Rien de plus vrai. Le mariage est l'union de deux âmes; or, conçoit-on que deux âmes s'unissent à temps? Au moment où elles s'unissent, elles aspirent à l'éternité du lien qui de deux êtres n'en fait qu'un; elles se

(1) Willequet, *du Divorce*, 1 vol. in-8°. Gand, 1856.
(2) Portalis, Discours préliminaire du code civil, n° 51 (Locré, t. Ier, p. 168).

disent que c'est Dieu même qui les a créées l'une pour l'autre; elles sentent que, séparées, elles seraient des êtres incomplets; la vie commune dans ce monde ne leur suffit même pas, elles voudraient la continuer jusqu'au delà de cette courte existence; elles espèrent que l'amour sera plus fort que la mort.

Tel est l'idéal. Contracté dans un esprit de perpétuité, le mariage est, par cela même, indissoluble. Les auteurs du code admettent cette conséquence comme règle. « Il faut, dit Portalis, que les lois opposent un frein salutaire aux passions; il faut qu'elles empêchent que le plus saint des contrats ne devienne le jouet du caprice et de l'inconstance. » Jusqu'ici le législateur français est d'accord avec la religion catholique. Il s'en sépare en admettant le divorce comme exception. Ecoutons le premier consul. « Sans doute, dit-il, le mariage est indissoluble, en ce sens qu'au moment où il est contracté, chacun des époux doit être dans la ferme intention de ne jamais le rompre, et ne doit pas prévoir les causes accidentelles, quelquefois coupables, qui par la suite pourront en nécessiter la dissolution. » Est-ce à dire que l'indissolubilité du mariage soit une règle absolue qui ne puisse jamais être modifiée? Ce système, répond le premier consul, est démenti par les maximes et par les exemples de tous les siècles. L'identité de l'homme et de la femme unis par le mariage est un idéal; mais que de fois cet idéal est une fiction, pour mieux dire, une déception amère! La loi doit-elle maintenir l'indissolubilité, alors que le principe sur lequel elle repose est en opposition avec la triste réalité? Aucun législateur, aucune religion ne l'a fait. Le catholicisme maintient, en apparence, avec une rigueur de fer, l'indissolubilité qui pour lui est un dogme; mais ce n'est qu'en apparence. Il introduit la séparation de corps; or, dit Napoléon, cette institution modifie le mariage, puisqu'elle en fait cesser l'effet principal, la vie commune (1). Ne faut-il pas aller plus loin et permettre aux époux de

(1) Séance du conseil d'Etat du 16 vendémiaire an x, nº 9 (Locré, t. II, p. 482).

rompre une union qui n'est qu'un semblant de mariage?

172. A vrai dire, le divorce ne rompt pas le mariage, il ne fait que constater la rupture. Le mariage est l'union des âmes. Appellera-t-on mariage la coexistence forcée de deux êtres qui, au lieu de s'aimer, se haïssent, qui loin de s'aider l'un l'autre dans le rude travail du perfectionnement moral, s'aident en quelque sorte à se démoraliser, les excès de l'un servant de provocation et d'excuse aux excès de l'autre, en sorte que le mariage, destiné à moraliser les époux, devient une école d'immoralité? Quand l'objet du mariage ne peut pas être rempli, quand il devient un obstacle au développement moral, ne vaut-il pas mieux y mettre une fin? Vainement dit-on que le divorce viole la sainteté du mariage. Ce qui rend le mariage saint, dit Bérenger, c'est l'affection qui unit les deux époux : quand l'affection fait place à la haine, quand le foyer domestique est souillé par le crime, dira-t-on que le divorce porte atteinte à la sainteté de l'union conjugale (1)?

173. On déplore les maux que produit le divorce, et on va jusqu'à dire qu'il est un mal dans son essence. Nous répondrons avec l'orateur du gouvernement que le divorce est le remède d'un mal; s'il est un remède quelquefois nécessaire, on ne doit pas le signaler comme essentiellement mauvais (2). Il faut aller plus loin, et dire que le divorce est un droit dont on a tort de contester la moralité. Nous ne nions pas qu'il ne puisse servir à légitimer de coupables passions. Mais c'est là l'abus du droit, ce n'est pas le droit. Ne peut-on pas abuser du mariage et des choses les plus saintes? C'est précisément parce que le mariage est la plus sainte des institutions qu'il faut permettre le divorce. Le christianisme considère surtout le mariage comme une garantie pour les bonnes mœurs; il place la virginité au-dessus du mariage. Tel n'est pas le sentiment de l'humanité moderne. Nous voyons dans le mariage l'union de deux êtres qui se complètent l'un l'autre : c'est une école mutuelle de perfectionnement intellectuel et mo-

(1) Bérenger, séance du conseil d'Etat du 16 vendémiaire an x, n° 13 (Locré, t. II, p. 485).

(2) Treilhard, Exposé des motifs, n° 7 (Locré, t. II, p. 564).

ral. Si le perfectionnement est le but de notre existence, nous avons, par cela même, droit à tous les moyens qui nous aident à atteindre ce but. C'est dire que l'homme a un droit absolu au mariage, absolu en ce sens que le législateur ne doit pas le rendre impossible. Il doit donc permettre à celui qui est engagé dans les liens d'une union qui le démoralise, de les rompre, pour qu'il puisse en contracter une nouvelle qui réponde mieux au but du mariage. C'est là le grand avantage que le divorce a sur la séparation de corps.

174. Treilhard dit que la véritable et la seule question est si le divorce doit être préféré à la séparation de corps (1). Personne ne conteste que le législateur a le droit et le devoir de mettre fin à la vie commune de deux époux, quand leur union n'est plus qu'une source de désordres. Il n'y a de dissentiment que sur les effets qu'il convient d'attacher à la séparation. Faut-il permettre aux époux de rompre définitivement les liens qui les unissent? C'est le divorce qui dissout le mariage. Ou suffit-il de donner aux époux le droit de vivre séparément? C'est la séparation de corps qui maintient le lien du mariage. Est-ce là un avantage, que la simple séparation a sur le divorce? Treilhard dit très-bien que la séparation de corps ne maintient le mariage qu'en apparence. Qu'est-ce en effet que le mariage, sinon la vie commune? Or, la séparation brise cette communauté d'existence aussi bien que le divorce. En réalité, l'époux n'a plus de femme et la femme n'a plus de mari. Qu'importe que le lien subsiste, quand ce lien ne produit plus aucun effet? Le lien est une pure fiction. Cette fiction produit-elle pour les époux, pour les enfants, pour la société, les bienfaits qui font la sainteté du mariage?

Les époux sont condamnés au célibat forcé, c'est-à-dire qu'on les place dans un état où l'immoralité est presque fatale. Le plus souvent c'est l'adultère de l'un des époux, parfois des deux qui fait prononcer la séparation de corps : est-ce que, séparés, les époux vont renoncer à ces

(1) Exposé des motifs, nos 7 et suiv. (Locré, t. II, p. 564 et suiv.).

relations coupables? L'époux innocent souffrira des désordres de son conjoint, parce qu'il continue à porter son nom, parce que c'est son mari ou sa femme qui le couvre de déshonneur. Est-ce là le but du mariage? est-ce ainsi que les époux se perfectionnent? est-ce ainsi qu'ils rempliront leur destinée?

On s'apitoie, et avec raison, sur le malheur des enfants dont les parents sont divorcés. Seront-ils moins malheureux si leurs parents sont séparés de corps? Il n'y a plus de famille pour eux. Què dis-je? la mère leur apprendra à détester leur père; et le père signalera leur mère à la haine de ceux auxquels elle a donné le jour. La honte des désordres auxquels les parents se livreront rejaillira sur les enfants. Le mal pour eux est donc toujours le même; leur condition n'est pas empirée par le divorce; ce qui fait leur malheur, ce n'est pas la rupture légale du mariage, c'est la discorde, la haine, le crime dont ils sont les témoins et les victimes. Pour eux aussi, le remède le plus radical est le meilleur.

Si le divorce répond mieux que la séparation de corps au droit et à l'intérêt des époux, il faut dire que la société est intéressée à ce que le mariage soit dissous. Le mariage est le fondement de la société : y a-t-il encore mariage quand les époux portent le nom d'époux, mais vivent séparés? Le législateur favorise le mariage comme condition de la propagation de l'espèce humaine. Est-ce que la séparation de corps atteint ce but? Si elle donne naissance à des enfants, c'est à des enfants adultérins. Ne vaut-il pas mieux que le divorce permette aux époux de créer une famille légitime?

En définitive, la séparation de corps est un sacrifice fait à une croyance religieuse. Nous respectons cette croyance, parce que notre foi la plus chère est aussi la perpétuité et l'indissolubilité du lien conjugal. Mais nous contestons au législateur le droit d'élever une croyance religieuse à la hauteur d'une loi, c'est-à-dire de rendre un dogme obligatoire pour tous les citoyens. A notre avis, l'indissolubilité du mariage est du ressort de la conscience; c'est le progrès des mœurs qui doit réaliser cet idéal, autant qu'il est pos-

sible aux hommes d'atteindre la perfection. Le législateur doit prendre les hommes tels qu'ils sont, faibles et imparfaits; qu'il se garde de vouloir leur imposer une perfection absolue! Nous lui rappellerons l'expérience faite dans le sein de l'Eglise. Le monachisme avait l'ambition de transformer les hommes en anges. Qu'est-il arrivé? Les anges de pureté sont devenus des démons d'impureté!

§ II. *Le divorce et les croyances religieuses.*

175. Quand le projet de code civil fut communiqué aux tribunaux, il y en eut qui repoussèrent le divorce, comme étant contraire à la liberté des cultes. Portalis répond à cette singulière objection que c'est, au contraire, la liberté des cultes qui rend le divorce indispensable. En effet, n'y a-t-il pas des cultes qui l'admettent? Dès lors, ne faut-il pas laisser à ceux qui les professent la faculté de divorcer (1)? Nous croyons que la question est mal posée. Portalis lui-même la posa d'une manière plus large au sein du conseil d'Etat (2). Il s'agit de savoir si les croyances religieuses limitent l'action du législateur en cette matière. Sous l'ancien régime, le législateur laïque n'admettait pas le divorce, par la raison que l'Eglise le repoussait. C'est qu'à cette époque l'Eglise et l'Etat étaient étroitement unis, à ce point que les lois ecclésiastiques étaient considérées comme lois de l'Etat. L'union de l'Eglise et de l'Etat, source d'intolérance et principe de persécution, fut rompue par la Révolution; l'Etat fut sécularisé, la liberté religieuse fut proclamée par l'Assemblée constituante. Dès lors, les diverses croyances restèrent étrangères à la législation. Qu'importe donc que la religion catholique proscrive le divorce? Et qu'importe que les chrétiens protestants l'admettent? Le législateur qui serait convaincu que le divorce est contraire à l'essence du mariage, contraire à la moralité publique, aurait le droit de le prohiber,

(1) Portalis, Discours préliminaire, nº 50 (Locré, t. Ier, p. 168).
(2) Séance du conseil d'État du 14 vendémiaire an x, nº 5 (Locré, t. II, p. 465).

quand même la plupart des cultes le consacreraient. Il y a des cultes qui professent et qui pratiquent la polygamie. Est-ce à dire que le législateur ne puisse pas la punir comme une atteinte à l'ordre social? Si la loi civile peut repousser le divorce quoique des croyances religieuses le légitiment, elle peut, par la même raison, l'admettre, bien qu'une autre croyance le condamne. C'est une conséquence évidente du principe de sécularisation qui domine notre ordre politique depuis 1789. Ce n'est pas à dire que le législateur ne puisse et ne doive même tenir compte des opinions religieuses des citoyens; mais cela est une question de prudence politique, tandis qu'ici nous discutons une question de droit.

176. Portalis semble n'accepter le divorce que par respect pour la liberté religieuse. « Le véritable motif, dit-il, qui oblige les lois civiles d'admettre le divorce, c'est la liberté des cultes. Il est des cultes qui autorisent le divorce; il en est qui le prohibent; la loi doit donc le permettre, afin que ceux dont la croyance l'autorise puissent en user. » Non, ce n'est pas là le vrai motif. Portalis donne une meilleure raison en disant que les causes du divorce sont des infractions manifestes du contrat. C'est la formule juridique des idées que nous venons d'énoncer. Le législateur ne peut pas dire que le mariage est l'union des âmes, et qu'il y a lieu de le rompre quand l'union fait place à la discorde. C'est là le langage de la morale, ce n'est pas le langage des lois. L'unité de sentiments qui fait l'essence du mariage, se manifeste par des devoirs que le législateur a consacrés et qui sont devenus par là des obligations juridiques. Aux termes de l'article 212, les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance. L'article 213 ajoute que le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari. Et l'article 214 porte que la femme est obligée d'habiter avec le mari; de son côté, le mari est tenu de la recevoir. Voilà l'union traduite en obligations juridiques. Si l'un des époux enfreint ces obligations, l'union est troublée, elle n'atteint plus le but dans lequel elle a été contractée; elle devient, au contraire, un obstacle qui empêche les époux de rem-

plir leur destinée; dès lors l'époux lésé doit avoir le droit de demander la dissolution du mariage. Qu'est-ce donc que le divorce? C'est la rupture légale du mariage, mais cette rupture légale ne fait que constater la rupture morale; c'est celle-ci qui est le vrai fondement du divorce.

Si nous approuvons le divorce, nous n'entendons pas justifier toutes les dispositions du code Napoléon sur cette matière. Nous faisons nos réserves en ce qui concerne le divorce par consentement mutuel, et le divorce qui peut être la suite de la séparation de corps. Ces réserves, cela va sans dire, s'adressent au législateur. L'interprète doit accepter la loi telle qu'elle est faite, et l'appliquer d'après l'esprit qui a inspiré ses auteurs.

CHAPITRE II.

DES CAUSES DU DIVORCE.

SECTION I. — Principes généraux.

177. Le divorce a lieu pour causes déterminées et par consentement mutuel. On entend par causes déterminées des faits qui constituent une infraction grave aux obligations qui naissent du mariage. Ce sont : l'adultère, les excès, sévices et injures graves, la condamnation à une peine infamante. On peut rattacher à ce premier cas de divorce celui qui est la conséquence de la séparation de corps (art. 310), car la séparation de corps ne peut être prononcée que pour les causes déterminées qui autorisent le divorce (art. 306, 229-232).

Le divorce a aussi lieu par consentement mutuel. Cette expression ne rend pas la pensée du législateur. Il n'a pas

entendu (1) autoriser la dissolution du mariage par un consentement contraire à celui qui l'a formé. Il en est ainsi dans les contrats ordinaires qui concernent des affaires d'argent et où les parties seules sont intéressées. Le mariage, bien qu'il se forme par le concours de consentement, diffère essentiellement des contrats pécuniaires ; il est le fondement de la société, et ce serait une base bien frêle que celle qui serait à la merci des passions changeantes de l'homme. De là suit qu'il est impossible d'admettre que la volonté seule des époux dissolve le mariage; ils peuvent bien stipuler dans leur intérêt, mais il ne leur est pas permis de renoncer à ce qui est d'intérêt social (2). Si la loi admet le divorce par consentement mutuel, c'est pour que les époux ne soient pas obligés de déshonorer leur famille, en révélant des faits qui peuvent entraîner contre le conjoint coupable des condamnations criminelles. Le législateur a organisé les conditions et la procédure de manière qu'il soit prouvé suffisamment qu'il existe une cause péremptoire de divorce (art. 233).

178. Il va sans dire qu'il ne peut y avoir de divorce hors des cas prévus par la loi, et il est tout aussi évident que ces cas sont de stricte interprétation. L'indissolubilité du mariage est la règle ; ce n'est qu'à regret, et forcé par la faiblesse humaine, que le législateur admet des exceptions. La cour de Colmar a fait une singulière application de ce principe. Un époux demanda le divorce pour cause d'injure grave ; le jugement l'admit en faisant résulter l'injure grave de l'adultère. La cour réforma cette décision, en décidant qu'il n'y avait pas lieu à prononcer le divorce, parce que l'injure grave est une cause distincte de celle qui se fonde sur l'adultère, d'où elle conclut que l'adultère ne pouvait pas être considéré comme une injure grave (3). Les traducteurs de Zachariæ disent que cette décision ne doit pas être suivie, du moins

(1) Cela se lit cependant dans le rapport fait au Tribunat, par Savoye-Rollin, n° 16 (Locré, t. II. p. 580) : « On a trouvé naturel que le même consentement qui avait tissu le lien pût le défaire. »

(2) Portalis, Discours au sein du conseil d'Etat, séance du 14 vendémiaire an x, n° 15 (Locré, t. II, p. 468).

(3) Arrêt du 8 décembre 1807 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 438).

en matière de séparation de corps, où les tribunaux peuvent se montrer moins formalistes parce que les conséquences sont moins graves (1). Il nous semble qu'on ne peut pas la suivre davantage en matière de divorce. Sans doute, les effets du divorce sont plus considérables. Mais qu'importe? L'époux lésé n'en a pas moins le droit de demander le divorce; et tout droit est placé sous la sauvegarde de la loi et de la justice. Or, qu'arriverait-il si l'on interprétait le code dans l'esprit formaliste qui a dicté l'arrêt de Colmar? On reviendrait au bon vieux temps de la chicane, où le défaut d'une virgule faisait perdre les procès. Quoi! voilà un époux qui prouve l'adultère de son conjoint, et vous lui refusez le divorce parce qu'il a appelé l'adultère une injure grave! Ne dirait-on pas que c'est le demandeur, c'est-à-dire le conjoint innocent, qui est coupable et qu'il faut le traiter en criminel? Il est vrai que, dans la procédure du divorce par consentement mutuel, le législateur se montre formaliste; mais là sa sévérité a une raison d'être; il accumule les formalités, parce que c'est le seul moyen de s'assurer qu'il existe une cause péremptoire de divorce. Il n'en est plus de même du divorce pour cause déterminée. Dès qu'une cause légale est établie, il en résulte un droit pour l'époux innocent, et ce serait compromettre ce droit que de se prévaloir de la moindre irrégularité pour l'entraver et l'anéantir.

SECTION II. — Du divorce pour cause déterminée.

§ Ier. *Des causes.*

No 1. DE L'ADULTÈRE.

179. La loi établit une différence entre l'adultère du mari et celui de la femme. Aux termes de l'article 229, le simple adultère de la femme autorise le mari à demander le divorce; tandis que la femme ne peut pas demander le

(1) Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. Ier, § 137, note 3, p. 248.

divorce pour le simple adultère du mari ; il faut de plus cette circonstance aggravante que le mari a tenu sa concubine dans la maison commune. Nous nous sommes déjà élevé contre l'inégalité que le code Napoléon établit entre l'homme et la femme (n° 84). Vainement dit-on que les mœurs et les lois demandent à la femme une pudeur qu'elles n'exigent pas de l'homme (1). Si les mœurs sont ainsi faites, elles ont tort, et les lois aussi. Mais cela fût-il aussi vrai que cela est faux, qu'est-ce que cela prouverait pour les causes de divorce? L'homme n'est plus libre, il a engagé sa foi ; y a-t-il un autre devoir de fidélité pour lui que pour sa femme? La fidélité qu'il promet à sa femme veut-elle dire qu'il lui sera permis d'être infidèle tant qu'il voudra? Ce serait un singulier engagement que celui qui impliquerait la faculté d'y manquer à plaisir? Il est très-vrai que l'infidélité de la femme a ou peut avoir des conséquences plus graves que l'adultère du mari (2). C'est une raison pour lui infliger une peine plus forte. Mais en matière de divorce, il ne s'agit pas de peine ; il s'agit uniquement de la violation d'un engagement réciproque, et sous ce rapport les torts des deux époux sont certes les mêmes ; donc le droit qui en résulte pour la partie lésée devrait aussi être le même.

Au conseil d'Etat, Boulay avoua qu'en réalité le crime d'adultère était le même des deux côtés, que partant il ne devait pas y avoir de différence dans le droit de poursuivre l'action qui en résulte. Lacuée dit que punir l'adultère du mari dans le cas seulement où il tient sa concubine dans la maison commune, c'est l'autoriser dans les autres. N'est-ce pas là une immoralité? Regnier ajouta que l'adultère en matière de divorce ne doit être considéré que dans les effets qu'il produit entre les époux ; que, sous ce rapport, le tort est le même, soit que le crime appartienne au mari, soit qu'il appartienne à la femme. Tronchet finit par adopter cet avis. Quand il s'agit d'établir une peine contre l'adultère, dit-il, il est juste de faire une distinction qui

(1) Demolombe, t. IV, p. 470, n° 369.
(2) Tronchet, dans la discussion du conseil d'Etat, séance du 24 vendémiaire an x, n° 14 (Locré, t. II, p. 494).

sert à graduer la peine d'après les conséquences; mais lorsque l'adultère n'est considéré que par rapport au divorce, tout doit être égal entre les époux. Voilà la vraie doctrine. Elle fut admise par le conseil d'Etat au premier vote (1). C'était celle du droit canon, et elle a été consacrée par le code hollandais (art. 264, 1°).

180. Quoique la disposition de l'article 230 soit contraire aux principes, il faut l'interpréter dans l'esprit qui l'a dictée. L'adultère est un crime, il n'y a pas de crime sans texte; voyons donc quelles sont les conditions requises par le code Napoléon pour que l'adultère du mari soit une cause de divorce. Il faut qu'il ait tenu sa concubine dans la maison commune. Qu'entend-on par concubine? Faut-il la continuité d'un commerce illégitime pour qu'il y ait concubinage dans le sens de la loi? Zachariæ dit que cela n'est pas nécessaire (2). Nous voudrions admettre cette opinion, parce qu'elle est en harmonie avec les vrais principes, mais le texte et l'esprit de la loi ne le permettent pas. Qu'est-ce qu'une concubine, d'après le Dictionnaire de l'Académie? « C'est celle qui, n'étant pas mariée avec un homme, *vit* avec lui comme si elle était sa femme. » Il faut donc qu'il y ait une *vie* commune pendant un temps plus ou moins long. Il résulte de là une nouvelle inégalité entre l'homme et la femme : un seul fait d'adultère suffit pour que le mari puisse demander le divorce; il en devrait être de même pour l'adultère du mari. Mais il y a dans notre texte une seconde expression qui nous empêche d'admettre cette interprétation. L'article 230 dit : lorsqu'il aura *tenu* sa concubine dans la maison commune. Le code pénal dit (art. 339) : qui aura *entretenu* une concubine dans la maison conjugale. Les mots *tenir* et *entretenir* expriment l'un et l'autre l'idée d'une continuité de rapports entre l'homme et la femme. L'inégalité, d'ailleurs, ne l'oublions pas, est dans l'esprit de la loi; nous devons

(1) Séance du 24 vendémiaire an x, nos 2 et 14 (Locré, t. II, p. 487 et 494), et les observations de Regnier au second vote (séance du 4 brumaire an x, n° 4 (Locré, t. II, p. 513).

(2) Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. Ier, p. 249, note 3. L'opinion contraire est généralement enseignée (Demolombe, t. IV, p. 471, n° 370).

l'admettre malgré nous. Treilhard, en exposant les motifs de notre titre, se sert d'une expression énergique pour rendre la pensée du législateur. « L'adultère du mari, dit-il, ne donne lieu au divorce que lorsqu'il est accompagné d'un caractère particulier de mépris, par l'*établissement* de la concubine dans la maison commune (1). » Il faut donc que la concubine soit *établie* à côté de la femme, que la rivale illégitime prenne la place qui est due à l'épouse : c'est cet outrage qui constitue le caractère aggravant exigé par la loi pour que l'adultère du mari devienne un crime et une cause de divorce.

181. Cependant il ne faut pas aller trop loin dans cette interprétation restrictive. Le mot *établissement* dont Treilhard se sert implique que c'est le mari qui a *établi* la concubine dans la maison conjugale, ou, comme on l'a dit dans la discussion, que c'est lui qui l'y a *introduite*. On a prétendu que tel était le sens de la loi. Il n'en est rien. Ne transportons pas dans le texte les discussions et les rapports. Tout ce que le code exige, c'est que le mari tienne ou entretienne sa concubine dans la maison commune, peu importe que ce soit lui ou la femme qui l'y ait introduite. Après tout, personne ne peut être introduit dans la maison sans la volonté du mari. Quand la femme engage une servante, elle le fait comme mandataire du mari ; légalement, c'est donc le mari qui l'introduit. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (2).

182. Il faut que le mari tienne la concubine dans la *maison commune*. Que faut-il entendre par là? Le code pénal dit : *maison conjugale* (art. 339). Les deux expressions ont le même sens : c'est la maison qui sert d'habitation aux deux époux. Nous ne disons pas : qui est habitée. Peu importe que la femme habite la maison où le mari tient sa concubine; dès que cette maison est occupée par le mari, elle devient de droit la maison commune à la femme, car la femme a le droit d'y habiter, et le mari

(1) Exposé des motifs, n° 17 (Locré, t. II, p. 567).

(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, n° 67, et arrêt de Liége du 6 juillet 1826 (*Pasicrisie*, 1826, p. 226). L'opinion contraire de Marcadé est restée isolée (art. 306, n° II, t. Ier, p. 597).

a l'obligation de l'y recevoir. Cependant il y a une raison de douter qui a entraîné quelques cours. Le caractère aggravant, dit-on, qui constitue l'adultère légal du mari, c'est qu'il ajoute l'outrage au crime en installant une concubine à côté de sa femme; si la femme n'habite pas avec son mari, elle n'est plus bravée à chaque instant du jour par une rivale déhontée, dès lors il n'y a pas d'outrage, donc pas d'adultère dans le sens légal. Cette opinion doit être rejetée parce qu'elle dépasse la loi; la loi n'est déjà que trop indulgente pour les désordres du mari; gardons-nous d'exagérer encore son indulgence. Elle ne parle pas de l'*habitation* commune, mais de la *maison;* vouloir que la maison soit *habitée* par la femme, c'est donc ajouter une condition, ce que l'interprète ne peut jamais faire. D'ailleurs, comme le dit la cour de Douai, il y a injure insupportable pour la femme dès qu'une concubine occupe la place qui lui appartient à elle seule, ou, comme le dit la cour de Grenoble, lorsque la concubine souille de sa présence la demeure de la famille. Telle est aussi la jurisprudence constante de la cour de cassation, ainsi que la doctrine des auteurs (1).

183. On demande si la concubine doit demeurer dans la maison conjugale; ou suffit-il qu'elle y soit reçue habituellement par le mari? Certes, dans ce dernier cas, l'adultère est tout aussi injurieux pour la femme; mais il ne rentre pas dans le texte de la loi; on ne peut pas dire que la concubine soit, en ce cas, *tenue* ou *entretenue* dans la maison commune; on ne peut pas dire qu'elle souille la maison conjugale de sa présence, puisque ce n'est qu'accidentellement et en quelque sorte furtivement qu'elle y entre. La cour de Bordeaux l'a décidé ainsi, mais elle a ajouté que, s'il n'y avait pas adultère, dans le sens légal, le fait n'en était pas moins une injure grave pour la femme, et qu'elle pouvait l'invoquer, à ce titre, comme une cause de divorce. Cette décision doit être généralisée. Alors même que l'adultère n'aurait pas été commis dans la mai-

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Adultère*, § VII (t. Ier, p. 191 et suiv.). Dalloz, au mot *Séparation de corps*, nos 70 et 74.

son commune, il peut en résulter, d'après les circonstances, une injure grave qui autorise la femme à demander le divorce. Vainement dirait-on que le fait est un adultère, et que l'adultère n'est une cause de divorce que lorsque le mari tient sa concubine dans la maison commune. C'est là une de ces objections formalistes qui rendraient la loi odieuse, si l'on en tenait compte. De ce qu'un fait n'est pas un adultère légal, conclura-t-on qu'il ne constitue pas une injure grave? Quoi! voilà un mari qui entretient une fille au vu et au su de tout le monde, il se montre en public avec elle et avec les enfants qui sont le fruit de ce commerce adultérin; la conscience publique s'émeut de ce scandale, une chanson populaire poursuit le coupable, et l'on dira que ce n'est pas là une injure grave (1)! La jurisprudence a repoussé ces sophismes et admis la femme insultée à demander le divorce (2).

184. L'application de l'article 230 a donné lieu à de nombreuses difficultés. Elles peuvent être facilement décidées par les principes que nous venons d'établir. On a demandé si un hôtel peut être considéré comme maison commune. Si le mari y a sa résidence et s'il tient sa concubine dans l'appartement qu'il occupe, alors il n'y a pas même de question; c'est là le domicile conjugal que la femme a le droit d'habiter et où son mari doit la recevoir. Mais si le mari n'y a pas d'habitation fixe, s'il ne fait que passer et s'il loge comme passager dans un hôtel, on ne peut plus dire que ce soit là la maison commune, car la chambre où il couche accidentellement ne sert pas d'habitation au mari. La question devient plus difficile quand le mari a sa résidence dans un hôtel et que la concubine y réside aussi, mais dans un autre appartement. Peut-on dire, dans ce cas, que le mari tient sa concubine dans la maison commune? Il y a controverse. Il suffit, dit-on, que le mari et sa concubine logent sous le même toit, côte à côte, de manière que la concubine et la femme légitime

(1) C'est dans ces circonstances qu'a été rendu l'arrêt de Bruxelles du 19 janvier 1849, qui admet le fait comme injure grave (*Pasicrisie*, 1850, 2, 182).

(2) Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 79.

se rencontrent à chaque instant (1). Nous croyons que cette opinion s'écarte du texte et même de l'esprit de la loi. La maison commune est celle où la femme a le droit et le devoir de résider, c'est le foyer de la famille. Dans un hôtel, les divers appartements constituent autant d'habitations diverses; la femme n'a pas même le droit de pénétrer dans celui qui est occupé par la concubine; celle-ci ne souille donc pas le foyer domestique. Il peut y avoir injure grave, il n'y a pas adultère dans le sens de la loi (2).

185. Mais dès que la concubine partage la résidence du mari, quand même celui-ci n'y réside que temporairement, il y a adultère légal, bien que la femme n'ait jamais mis le pied dans cette habitation. Jugé ainsi par arrêt de la cour de Rouen, confirmé par un arrêt de rejet. Dans l'espèce, le mari avait un pied-à-terre fixe dans une ville où les époux ne résidaient pas; il n'y faisait qu'un séjour momentané pour le besoin de ses affaires. Il y avait quelque doute dans ces circonstances, parce qu'elles ne présentent pas toute la gravité qu'a l'adultère commis dans la résidence commune des deux époux. Toutefois la décision est très-juridique. Il y a maison commune dès que le mari l'occupe comme sienne; dès lors la femme a le droit d'y venir, bien qu'elle n'y vienne pas; le mari pourrait la forcer à y venir. Cela décide la question. De ce que l'outrage a moins de gravité, gardons-nous d'inférer qu'il n'y a pas outrage (3).

Mais il ne suffirait pas que l'adultère eût été commis dans une maison habitée par la concubine, quoique cette maison appartînt au mari, si ce n'était pas sa résidence. Elle est louée, c'est la fille du fermier qui est la concubine du mari; c'est à la ferme que le mari va trouver sa complice; alors même que la maison ferait partie d'un domaine où se trouve le château du propriétaire, elle n'est pas la maison commune, la femme n'a pas le droit d'y ré-

(1) Massol, *De la séparation de corps*, p. 38, nº 8.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 472, nº 371.
(3) Arrêt de la cour de cassation du 28 novembre 1859 (Dalloz, 1860, 1, 255).

sider, le mari même ne l'a pas. Il peut y avoir dans ce fait une injure grave, il n'y a pas d'adultère légal (1).

N° 2. EXCÈS ET SÉVICES.

186. Le mot *excès* est très-vague; la discussion nous servira à en déterminer le sens. Il y avait dans le projet de code civil un article ainsi conçu : « *L'attentat de l'un des époux à la vie de l'autre* sera pour celui-ci une cause de divorce. » Le Tribunat remarqua que cette disposition était d'une application impossible. A moins de supposer une haine à mort entre les deux époux, l'un d'eux n'ira pas dénoncer à la justice un attentat à la vie qui conduirait à l'échafaud le conjoint coupable (2). En conséquence l'article du projet fut supprimé, et le mot *attentat* fut remplacé par celui d'*excès*, qui exprime la même idée, mais d'une manière couverte, de sorte que l'attention du ministère public ne sera pas éveillée de suite, et la dénonciation paraîtra moins odieuse. Toutefois ce n'est qu'une question de forme et de convenances, car devant le tribunal, le demandeur doit prouver les faits qui constituent les excès ; si c'est un attentat à la vie, le ministère public devra poursuivre l'époux coupable (art. 235).

187. Le mot *sévices*, d'après son étymologie, indique des actes de cruauté; puisqu'il se trouve joint au mot excès, il faut dire qu'il ne s'agit pas de faits qui mettent la vie du conjoint en danger : ce sont donc de mauvais traitements, des coups et blessures. On demande si les sévices doivent être habituels pour constituer une cause de divorce. Il a été jugé que les sévices doivent être continus et tels, que la vie de l'époux soit en danger, ou du moins que l'habitation commune soit insupportable (3). Nous croyons qu'en exigeant la continuité des mauvais traitements, on dépasse la loi. Le code ne dit pas cela, et

(1) Arrêt de Limoges du 21 mai 1835 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, n° 79).
(2) Observations de la section de législation du Tribunat (Locré, t. II, p. 552, n° 2).
(3) Arrêt de Besançon du 13 pluviôse an XIII (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 24).

l'interprète ne peut pas se relâcher de la juste sévérité de la loi. Il est certain qu'en cas d'*excès*, il ne faut pas l'habitude; cela résulte de la nature même de l'attentat à la vie. Il faut dire la même chose des *sévices*, si l'on entend par là un acte de cruauté; un seul fait doit suffire, parce qu'il marque, chez l'époux qui s'en rend coupable, une véritable haine pour son conjoint, ce qui implique certes qu'il ne reste pas chez lui une ombre de sentiments affectueux. Dès lors il y a rupture des âmes, et par suite le divorce est moralement consommé. Il y a un arrêt en ce sens, et la doctrine est conforme (1).

188. On a dit que les simples voies de fait ne constituent pas par elles-mêmes une cause de divorce; que le juge doit tenir compte, en cette matière, de la condition des personnes et de leur éducation (2). Nous croyons que c'est confondre les sévices avec les injures. Toute voie de fait ne peut pas être rangée parmi les sévices. Pour qu'il y ait sévice, il faut cruauté, comme le dit Treilhard dans l'exposé des motifs. Or, personne ne dira qu'un soufflet soit un acte de cruauté, c'est une injure, et l'injure doit être grave; ce que la loi ne dit pas des sévices : c'eût été s'écarter du sens naturel et légal du mot; un acte de cruauté est, par son essence même, un fait grave. Quant aux mauvais traitements qui n'ont pas le caractère de cruauté, ce ne sont pas des sévices, ils rentrent dans la catégorie des injures. Il y a un arrêt de la cour de Bordeaux en ce sens (3).

189. Le fait matériel des excès et des sévices suffit-il pour que l'époux lésé puisse demander le divorce? ou faut-il que ces faits présentent les caractères du délit? Il n'y a pas de délit là où il n'y a pas de volonté criminelle; l'absence de raison enlève toute criminalité aux faits qui, au point de vue matériel, constituent un crime ou un délit. Si l'époux qui commet des excès ou sévices est dans un état d'aliénation mentale, il n'y a pas lieu au divorce. Vai-

(1) Arrêt de Besançon du 9 avril 1808 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 24). Massol, *De la séparation de corps*, p. 38.
(2) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 501, n° 552.
(3) Arrêt du 10 avril 1826 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 26, 1°).

nement dira-t-on que les mauvais traitements rendraient la vie commune insupportable; si les excès et les sévices sont une cause de divorce, c'est parce qu'ils sont une violation des devoirs qui naissent du mariage. Or, peut-on dire de celui qui ne jouit plus de sa raison qu'il viole un devoir? Ce serait, en définitive, la maladie mentale que l'époux lésé invoquerait, plutôt que les excès ou les sévices. Or, l'aliénation n'est pas une cause de divorce. Si la démence ou la fureur mettent la vie du conjoint en danger, il y a lieu de placer le conjoint aliéné dans un hospice; mais il ne peut pas s'agir de demander le divorce.

N° 3. INJURES GRAVES.

190. L'injure suppose qu'il y a dol et intention de nuire. C'est ce que dit la cour de Turin dans un arrêt rendu en matière de divorce. Il faut donc appliquer à l'injure ce que nous venons de dire des excès et des sévices. Un arrêt de la cour de Montpellier semble contraire à cette doctrine (1). Il décide que les imputations dirigées par un mari contre sa femme, bien qu'elles ne puissent dériver que des hallucinations d'un esprit troublé, deviennent une cause de séparation lorsqu'elles sont si graves et si persévérantes que la cohabitation n'offrirait plus à la femme aucune sécurité. Si le *trouble de l'esprit*, dont parle cet arrêt, était une maladie mentale, alors la cour a méconnu les principes les plus élémentaires en matière d'injure et de divorce. Peut-on dire d'un mari qui a l'esprit troublé, dérangé, qu'il viole les devoirs qui naissent du mariage? et peut-il y avoir divorce sans cette violation? Y a-t-il injure là où il n'y a plus de saine raison? Toutefois, en fait, la décision peut être très-juridique. Le trouble de l'esprit peut provenir d'un mauvais sentiment, d'une jalousie aveugle; dans ce cas, il n'y a pas maladie mentale; le mari est responsable de ce qu'il fait, par suite il y a injure et cause de divorce.

191. Il est également de principe qu'il n'y a pas injure

(1) Arrêt du 1er février 1866 (Dalloz, 1867, 5, 390, n° 6).

quand le fait, quoique de sa nature injurieux, est l'exercice d'un droit. Un mari annonce à plusieurs reprises dans les journaux qu'il ne payera plus les dettes que sa femme pourra contracter. Est-ce une injure? Le fait implique une imputation qui, d'après les circonstances, peut être plus ou moins injurieuse. Mais il n'y a pas injure dans le sens légal. Car le mari a le droit de révoquer le mandat tacite qui résulte du mariage. La cour de Douai a jugé à tort que ce fait doit être réprouvé comme une manifestation insolite, injuste et abusive du pouvoir d'administration du mari; l'exercice d'un droit ne saurait constituer un abus ni une injustice; mais la cour a bien jugé que ce fait n'est pas une injure grave qui légitime le divorce (1).

L'application du principe souffre quelque difficulté pour les imputations que les époux s'adressent dans le cours de l'instance en divorce. Ces injures peuvent-elles être invoquées à l'appui de la demande? Non, si le défendeur est resté dans les bornes d'une légitime défense; car, dans ce cas, il n'a fait qu'user de son droit (2). Toute défense, en matière de divorce, deviendrait impossible si les faits allégués par le défendeur pouvaient être rétorqués contre lui. Nous dirons plus loin que les torts du demandeur peuvent être pris en considération par le juge pour repousser la demande; dès lors le défendeur doit avoir le droit de les alléguer et d'en faire preuve, quelque injurieux qu'ils soient pour le demandeur. Mais si le défendeur alléguait des faits non prouvés, s'il se livrait à des emportements sans nécessité aucune et sans aucune excuse, il aggraverait sa faute, et ces injures seraient certes une nouvelle cause de divorce. C'est ainsi qu'il a été jugé que les injures que les époux s'étaient adressées pendant un procès en séparation de corps suffisaient pour la prononcer, quoique les causes pour lesquelles elle avait été demandée n'eussent pas été établies (3). La cour constate que les époux s'étaient

(1) Arrêt du 14 janvier 1857 (Dalloz, 1857, 2, 133).
(2) Arrêt de Turin du 15 germinal an XIII (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 435).
(3) Arrêt de Rouen du 13 mars 1816 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 34).

injuriés et diffamés de la manière la plus sanglante dans les actes et écritures du procès, que les esprits étant dans un tel état d'exaspération, il était impossible de maintenir la vie commune.

On applique les mêmes principes au demandeur. Sa plainte, quand elle est fondée, n'est certes pas une injure, puisque c'est l'exercice d'un droit. Mais si, tout en usant de son droit, il se livre à des outrages qui dépassent les nécessités de la cause, il pourra y avoir divorce pour injure grave. C'est ainsi que la cour de cassation a jugé qu'il y avait injure grave quand le mari, pendant l'instance en divorce, a tellement outragé la femme que le maintien de la vie commune ferait craindre de grands malheurs (1).

192. Les faits qui constituent l'injure doivent s'être passés après la célébration du mariage. Ce principe résulte de la nature même des causes de divorce. C'est, comme l'a dit Portalis, la violation des devoirs que le mariage impose, qui justifie la dissolution du lien conjugal. Peut-on dire que celui qui n'est pas marié manque à ses engagements? Cela n'a pas de sens. Cependant cette opinion est consacrée par la jurisprudence. Il a été jugé que la séparation peut être prononcée par le motif qu'au moment du mariage, la femme était inscrite sur les registres de la police comme fille publique, et qu'elle n'avait point révélé ce fait à son futur mari (2). Il a encore été jugé que lorsque la femme est enceinte, lors du mariage, d'un autre que de son futur époux et qu'elle dissimule sa grossesse, il y a lieu à séparation de corps pour injure grave (3). Sans doute la réticence de la femme, dans l'un et l'autre cas, est une infamie; mais cette conduite infâme est-elle une injure grave dans le sens de l'article 231? C'est, d'après le texte, l'injure d'un époux envers l'autre qui est la cause du divorce. Cela suppose la célébration du mariage. L'esprit de la loi est tout aussi évident; il n'y a pas,

(1) Arrêt de rejet du 10 juin 1824 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, nº 194, 7º).
(2) Arrêt de Paris du 25 mai 1837 (Dalloz, *ibid.*, nº 61, 1º).
(3) Arrêt de Bordeaux du 22 mars 1826 (Dalloz, *ibid.*, nº 61, 2º).

dans l'espèce, violation d'un droit conjugal, donc pas de cause de divorce. Vainement dit-on que l'injure accompagne le mariage, et qu'elle se continue par le silence de l'époux coupable (1). Pour qualifier un fait, il faut considérer le moment où il s'est passé. L'inconduite de la femme est antérieure au mariage, donc elle n'est pas une injure entre époux. Elle est coupable de réticence, dit-on; oui, mais cette faute encore est antérieure au mariage. Comment une faute commise avant le mariage serait-elle une infraction aux obligations que le mariage produit entre les époux?

193. La dernière condition exigée pour que l'injure soit une cause de divorce, c'est qu'elle soit *grave* (art. 231). Quand l'injure est-elle grave? Cette question est de fait plutôt que de droit. Tout ce que l'on peut dire, c'est que l'injure doit impliquer une violation des devoirs conjugaux. La violation doit avoir un caractère de gravité tel, que la vie commune devienne désormais impossible pour l'époux outragé. C'est au juge à décider dans chaque cas si l'injure présente ces caractères. Il est impossible de poser des règles générales à cet égard, tout dépendant des circonstances de la cause. Ainsi, dira-t-on que les injures doivent être continues, en ce sens qu'une parole ou un fait unique serait insuffisant? Cela a été jugé ainsi par la cour de Bruxelles; elle a écarté une injure grossière pour laquelle la femme avait été condamnée à une amende par le tribunal de simple police, parce que cette insulte était la seule dont le mari se plaignît dans un espace de neuf années (2). Mais il y a d'autres arrêts qui ont admis le divorce ou la séparation de corps pour une injure unique, quand il en devait résulter une animosité irréconciliable entre les époux. Il a été jugé qu'une accusation d'adultère, lorsqu'elle n'est pas appuyée de preuves, est, de la part du mari, une injure grave qui autorise la femme à demander le divorce (3). En effet, le reproche d'adultère,

(1) C'est l'opinion de Demolombe, t. IV, p. 493, n° 392, et de Dalloz, n° 61.
(2) Arrêt du 14 avril 1832 (*Pasicrisie*, 1832, 2, 102).
(3) Arrêt de Rennes du 15 septembre 1810 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 437). Jugé dans le même sens, par la même cour, en matière de séparation de corps (arrêt du 17 mars 1826, dans Dalloz, *ibid.*, n° 30, 1°).

comme le dit la cour de Metz, est le plus intolérable outrage qu'un mari puisse adresser à sa femme (1).

194. On pose d'ordinaire comme principe que, pour apprécier la gravité de l'injure, le juge doit considérer la condition sociale des conjoints; on dit que telle injure qui, entre époux de la classe élevée, serait un outrage sanglant et les diviserait pour toujours, ne ferait, entre personnes de la classe inférieure, qu'une impression passagère (2). Nous protestons contre ce principe. Il y a, comme dit Vauvenargues, de la canaille en gants jaunes, et il y a aussi chez les ouvriers des cœurs haut placés. Gardons-nous donc de généraliser une distinction qui aboutirait à une révoltante iniquité. Ce n'est pas la position sociale que le juge doit prendre en considération, c'est l'éducation, ce sont les habitudes, les sentiments des parties qui sont en cause (3). La distinction contre laquelle nous nous élevons vient de l'ancien droit; Pothier la formule en termes presque méprisants pour les *gens du bas peuple*, et Merlin reproduit cette doctrine (4). Notre état social n'est plus celui du vieux régime; l'aristocratie a fait place à la démocratie, l'inégalité méprisante à la sainte égalité; les sentiments et les idées s'égalisent, l'instruction populaire, qui est aussi une éducation, répand le sentiment de la dignité humaine dans tous les rangs de la société. Le juge doit tenir compte de ce changement, la plus bienfaisante et la plus légitime des révolutions.

Il faut ajouter qu'il y a des injures qui, dans toutes les classes de la société et quelle que soit l'éducation des époux, constituent une injure grave. Un mari abandonne sa femme pendant ses couches, à ce point que des personnes charitables doivent faire une quête pour subvenir à ses besoins les plus urgents; à ce cruel abandon le mari ajoute des imputations d'adultère et des propos odieux. Ce sont là, dit très-bien la cour de Dijon, des injures graves,

(1) Arrêt du 7 mai 1807 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 35, 1°).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 488, n° 385.
(3) Arrêt de Bruxelles du 31 juillet 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 141).
(4) Pothier, *du Contrat de mariage*, n° 509. Merlin, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, § 1er, n° 3.

quelle que soit la condition sociale des parties, parce qu'elles impliquent l'oubli des devoirs et des sentiments qui forment l'essence même du mariage (1).

195. Il y a aussi des faits injurieux qui sont une cause de divorce quand il en résulte une violation des devoirs imposés par le mariage. Tel est le refus du mari de recevoir sa femme dans la maison conjugale, et le refus de la femme de cohabiter avec son mari. La cohabitation est de l'essence du mariage ; quand elle devient impossible par le refus de l'un des conjoints, il n'y a plus de vie commune, il y a divorce moral ; le juge, en prononçant la dissolution du mariage, ne fait que consacrer un fait accompli. La doctrine et la jurisprudence admettent le principe, mais les circonstances viennent parfois le modifier. Il a été jugé par la cour de Liége que si, dans une dispute violente, le mari somme sa femme de quitter le domicile conjugal avec son fils, il y a une injure grave suffisante pour autoriser le divorce (2). Il y a de nombreux arrêts en ce sens (3). La cour de Metz a même décidé, en confirmant un jugement de première instance fortement motivé, que le refus du mari de recevoir sa femme était une cause de séparation de corps, quoique les époux eussent vécu séparés pendant plus de trente ans, et que cette séparation volontaire fût due à la femme. Le tribunal avait jugé en sens contraire, en posant comme principe que la loi ne dit pas que le seul fait du refus de cohabiter est une cause de séparation; qu'elle n'admet comme telle que l'injure grave, et qu'il résultait des circonstances de la cause qu'il n'y avait rien d'injurieux dans le refus du mari, parce que le seul mobile de la femme était son intérêt pécuniaire, et non le désir de rétablir la vie commune. La cour d'appel décida en principe qu'il y a injure grave du mari envers sa femme quand, au mépris de la loi, il refuse de la recevoir

(1) Arrêt du 30 juillet 1868 (Dalloz, 1868, 2, 247). Comparez arrêt de la cour de cassation du 11 avril 1865 (Dalloz, 1866, 1, 166).

(2) Arrêt du 22 janvier 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 212).

(3) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, n[os] 434 et 45. Arrêts de Bordeaux du 5 avril 1848 (Dalloz, 1850, 5, 422); de Colmar du 1[er] juillet 1858 (Dalloz, 1858, 2, 212).

dans la maison conjugale (1). Cette décision n'est-elle pas trop absolue? Sans doute, en règle générale, il y a injure dans le refus du mari de recevoir sa femme. Toujours est-il que la loi ne le dit pas. C'est donc une question de fait; dès lors, le juge peut tenir compte des circonstances et déclarer que le refus n'est pas injurieux. Ainsi jugé par la cour de Paris (2).

Ce que nous disons du refus du mari reçoit son application au refus de la femme. Les juges doivent voir s'il implique une injure. D'ordinaire il en sera ainsi. Toutefois il y aurait danger à ériger ce fait en règle absolue, car il pourrait y avoir collusion entre les époux pour arriver au divorce par concours de consentement. Il faut donc voir si le refus de cohabiter est réel, puis s'il constitue une injure. Quand la femme déserte le domicile conjugal, que le mari fait de vaines instances pour rétablir la vie commune, et que la femme refuse en termes injurieux, il n'y a pas de doute; le divorce doit être prononcé (3). Mais le juge peut décider en fait qu'il n'y a pas injure grave (4). Il n'y en aurait pas si le mari, par sa conduite, avait en quelque sorte forcé la femme à abandonner le domicile conjugal. Dans ce cas, il y a lieu d'appliquer les principes que nous exposerons plus loin sur les torts réciproques des époux.

196. Le refus du mari de procéder au mariage religieux est-il une injure grave qui autorise la femme à demander le divorce? M. Demolombe enseigne l'affirmative, et son opinion a été consacrée par un arrêt de la cour d'Angers (5). Cela est inadmissible. L'injure grave, comme toute cause de divorce, suppose la violation d'un devoir imposé aux époux par la loi. Où est la loi qui fait aux époux un devoir de célébrer le mariage religieux? C'est

(1) Arrêt du 5 avril 1865 (Dalloz, 1865, 2, 99).
(2) Arrêt du 10 janvier 1852 (Dalloz, 1852, 5, 498, 5°)
(3) Arrêts de Bruxelles du 1er mars 1854 et de Liége du 1er février 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 77 et 98).
(4) Arrêt de Rouen du 16 juillet 1828 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, n° 48).
(5) Arrêt du 29 janvier 1859 (Dalloz, 1860, 2, 97). Demolombe, t. IV, p. 491, n° 390.

la conscience qui considère cette cérémonie comme un devoir ; mais depuis quand les scrupules religieux engendrent-ils une obligation civile? Après tout, si la femme a ses scrupules, le mari a les siens. Que demande la femme au mari libre penseur? Qu'il fasse acte d'hypocrisie. Le mari n'a-t-il pas le devoir de se refuser à ce rôle odieux? Sans doute, il est coupable s'il a promis à sa femme de procéder au mariage religieux, plus coupable encore s'il a feint de partager des croyances qui ne sont pas les siennes. Mais cette faute est-elle une injure grave dans le sens de l'article 231? C'est un fait antérieur au mariage, c'est une espèce de dol qui a engagé la femme à consentir au mariage. Si la loi admettait le dol comme vice du consentement, il y aurait lieu, dans l'espèce, à agir en nullité. Mais le dol ne vicie pas le consentement en cette matière. Le mariage est donc valable; et comme aucune obligation civile résultant du mariage n'a été violée, il faut décider qu'il n'y a pas de cause de divorce.

N° 4. CONDAMNATION A UNE PEINE INFAMANTE.

197. Aux termes de l'article 232, « la condamnation de l'un des époux à une peine infamante sera pour l'autre époux une cause de divorce. » Boulay motivait comme suit cette disposition (1) : « On stipule ici pour l'époux honnête et délicat, contre l'époux coupable et flétri. Vouloir qu'ils vivent ensemble, c'est vouloir réunir un cadavre à un homme vivant. Cette cause de divorce doit être admise, sans doute, chez tous les peuples; mais surtout chez une nation dont l'honneur paraît être le sentiment spécial. »

Cette cause de divorce existe-t-elle encore dans la législation belge? Nous ne le croyons pas. Pour que l'article 232 puisse être appliqué, il faut une condamnation à une peine *infamante*. Or, notre nouveau code pénal ne reproduit plus la qualification de peine *infamante*; l'arti-

(1) Séance du conseil d'Etat du 24 vendémiaire an x (Locré, t. II, p. 487, n° 2).

cle 7 énumère les peines, il ne les qualifie pas. De là résulte qu'il n'y a plus d'infamie légale; or, c'est de l'infamie légale que procède la faculté de demander le divorce. En effet, le code civil a été discuté et publié sous l'empire du code de brumaire an IV. L'article 604 portait : « Toute peine afflictive est en même temps infamante. » Et l'article 603 énumérait les peines afflictives : c'étaient la mort, la déportation, les fers, la reclusion dans une maison de force, la gêne et la détention. Le code pénal de 1810 maintint le principe que toute peine afflictive est infamante, et il établit de plus des peines infamantes qui n'étaient pas afflictives, le carcan, le bannissement et la dégradation civique. Ces dernières peines ont entièrement disparu de notre nouveau code pénal. Quant à celles-ci, il ne peut pas y avoir de doute : il n'y a plus de condamnation à la dégradation civique, au bannissement, au carcan; il ne peut pas y avoir de cause de divorce résultant de peines qui n'existent plus. Restent les peines afflictives qui d'après le code de l'an IV et le code de 1810 étaient aussi infamantes; le code pénal belge maintient la mort, les travaux forcés, la détention et la reclusion (art. 7), mais il ne les qualifie plus ni d'afflictives ni d'infamantes. Dès lors, la base sur laquelle repose l'article 232 du code Napoléon s'écroule. Le texte est certainement inapplicable, puisque nos cours d'assises ne prononcent plus de condamnation à une peine infamante. L'esprit de la loi s'oppose également à l'application de l'article 232; on ne peut plus dire que celui qui est condamné aux travaux forcés, à la mort, est un *cadavre vivant*, parce qu'il est frappé d'infamie, parce qu'il n'a plus l'honneur, qui est si cher à la race française. Il n'est pas infâme, donc son conjoint ne peut pas se plaindre qu'il est obligé de vivre avec un infâme.

Il y a cependant quelques raisons de douter. On peut dire que l'opinion publique attache l'infamie aux peines en matière criminelle; peu importe donc que le législateur qualifie ou non d'infamante la peine dont il est frappé. A cette objection, la réponse est facile. En parlant de peines infamantes, l'article 232 n'a pas entendu l'infamie

qui résulte de l'opinion, des mœurs, des préjugés ; il s'en est référé au code de brumaire, à la qualification légale des peines, à l'infamie légale; or, celle-ci n'existe plus; quant à l'infamie que l'opinion publique inflige, sans que les lois la consacrent, les tribunaux n'en peuvent tenir aucun compte.

On peut dire encore que le code pénal belge maintenant les peines que le code de 1810 qualifiait d'afflictives et d'infamantes, l'article 232 peut recevoir son application aux crimes punis de l'une de ces peines. C'est, après tout, le crime qui est infamant plutôt que la peine. Cette objection s'adresse au législateur. C'est à lui à voir s'il veut maintenir la cause de divorce en l'attachant au crime, au lieu de l'attacher à la peine. Mais l'interprète ne peut pas faire la loi ni la modifier, car la modifier, c'est la faire. Or, la modification serait évidente, puisque aux mots *condamnation à une peine infamante*, on substituerait ceux-ci : *condamnation pour crime*. L'article 232 ne parle pas du fait punissable, il parle de la peine ; la peine n'existe plus, donc la disposition devient inapplicable, sauf au législateur à modifier la loi.

Enfin l'on dira qu'il résulte de notre interprétation qu'il y a lacune dans le code civil. Il est vrai qu'il y a abrogation de l'une des causes déterminées du divorce. Est-ce une lacune? C'est au législateur à la combler. L'abrogation nous paraît peu regrettable. Sous l'empire de la législation française, le condamné était réputé infâme après qu'il avait subi sa peine; comment aurait-il trouvé une place dans la société, alors que son conjoint même le repoussait du domicile conjugal? Le mariage a pour objet le perfectionnement des époux; si l'un d'eux tombe, l'autre doit lui tendre la main pour le relever, bien loin de le fuir comme un impur. Si le préjugé contraire existe dans nos mœurs, c'est un préjugé funeste, car c'est un obstacle presque invincible à l'amendement des condamnés libérés. Est-ce au législateur à nourrir les préjugés, ou son devoir est-il de les combattre?

Nº 5. DU CAS DE L'ARTICLE 310.

198. Lorsque la séparation de corps prononcée pour toute autre cause que l'adultère de la femme a duré trois ans, l'époux qui était originairement défendeur peut demander le divorce, et le tribunal doit l'admettre si le demandeur originaire, présent ou dûment appelé, ne consent pas immédiatement à faire cesser la séparation (art. 310). Treilhard expose, comme suit, les motifs de cette disposition. L'époux qui a demandé et obtenu la séparation de corps, a choisi la voie de la séparation comme la plus conforme à sa croyance. Doit-il avoir le droit de la maintenir pour toujours? Cela ne serait pas juste dans le cas où l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée ne partage pas les croyances religieuses de son conjoint. En effet, ce serait l'obliger à un célibat forcé pendant toute la vie de l'autre époux. Une pareille interdiction serait contraire à la liberté, que tout citoyen tient de la constitution, de contracter mariage. Celui qui a obtenu la séparation de corps ne peut pas se plaindre si on le force à divorcer, car il n'y est pas contraint, puisqu'il dépend de lui de rétablir la vie commune, et ce n'est que sur son refus que le divorce est prononcé (1).

Ces raisons ne sont que des sophismes, auxquels on a répondu d'avance au sein du conseil d'Etat. Pourquoi le législateur a-t-il admis la séparation de corps? Uniquement par respect pour les scrupules de conscience de l'époux lésé. Sa religion lui défend le divorce, elle lui permet la séparation de corps. Il use du droit que la religion et la loi lui accordent. Après trois ans, l'époux coupable vient le sommer de rétablir la vie commune, et si le conjoint innocent s'y refuse, le divorce sera prononcé malgré ses scrupules religieux. N'est-ce pas mettre l'innocent à la merci du coupable? Il y a plus. Le législateur ne se contredit-il pas lui même en autorisant la séparation de corps par respect pour la liberté de conscience, et en

(1) Exposé des motifs, nº 15 (Locré, t. II, p. 567).

remplaçant ensuite la séparation par le divorce, au mépris de cette liberté (1)?

On dit qu'il dépend de l'époux qui a obtenu la séparation d'éviter le divorce, en reprenant la vie commune. A vrai dire, c'est là une nouvelle iniquité. C'est presque toujours la femme qui demande la séparation de corps par scrupule de conscience. Nous supposons qu'elle l'ait obtenu pour adultère du mari. Le mari continue à tenir sa concubine chez lui; puis il somme sa femme de venir partager ce domicile conjugal souillé par la présence d'une créature perdue. Et on dira que la femme a tort de ne pas consentir au rétablissement de la vie commune! N'est-ce pas pour échapper à cet enfer qu'elle a demandé la séparation? Et la voilà placée dans cette terrible alternative, ou de reprendre une vie commune rendue impossible par l'infamie de son mari, ou de subir le divorce malgré le cri de sa conscience!

199. La loi n'admet pas cette cause de divorce, lorsque la séparation de corps a été prononcée pour adultère de la femme (art. 310). Rien de plus moral; il ne faut pas que la femme trouve dans le divorce le moyen de légitimer sa coupable passion. Mais le mari aussi peut être adultère, et il se peut qu'il ait ajouté l'outrage à l'infidélité. Cependant, après trois ans de séparation, il viendra demander le divorce contre sa femme. Quelle est la raison de cette différence entre les deux époux? Nous la cherchons vainement. Si la faculté refusée à la femme est morale, par contre la faculté accordée au mari est immorale, car c'est favoriser le libertinage de l'homme, c'est dire qu'il est bon que la femme ait des mœurs, mais que le mari, à la rigueur, peut se vautrer dans la débauche. Voilà certes une inégalité que rien ne justifie.

200. La loi ne donne ce droit qu'à l'époux originairement défendeur; elle ne l'accorde pas à celui qui était demandeur, et il n'y avait pas de raison de le lui donner. Il avait le choix, il a choisi la séparation de corps, il ne

(1) Séance du conseil d'Etat du 24 vendémiaire an x, n° 19 (observations de Boulay et du ministre de la justice, dans Locré, t. II, p. 494 et suiv.).

peut plus revenir sur son choix et demander le divorce. En effet, s'il a choisi la séparation de corps, c'est parce que ses croyances religieuses le lui défendaient; on ne peut pas supposer qu'après trois ans ces croyances aient changé. Cependant cela pourrait arriver. Dans ce cas, il n'y a réellement plus de raison de refuser à l'époux innocent un droit que l'on accorde à l'époux coupable. Toutefois, il ne serait pas admis à demander le divorce; la loi est formelle, et on ne peut l'étendre, même par voie d'analogie, car les causes de divorce sont de la plus stricte interprétation.

Il résulte de là que si chacun des époux a demandé la séparation de corps, aucun d'eux ne pourra demander le divorce après trois ans. En effet, chacun a été originairement demandeur, chacun aurait pu demander le divorce, et s'ils ne l'ont pas fait, on doit supposer que c'est à raison de leurs croyances religieuses. Dès lors, d'après le texte comme d'après l'esprit de la loi, tout est consommé. Il en serait de même si la séparation de corps avait d'abord été demandée par l'un des époux, et si l'autre avait reconventionnellement conclu à la séparation. Une demande reconventionnelle est aussi une demande. Le texte de l'article 310 est donc applicable, et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Le demandeur reconventionnel pouvait demander le divorce; il a donc fait son choix, et il l'a fait, on doit le supposer, par des scrupules religieux. Cela décide la question (1).

Il s'est présenté une autre difficulté devant le tribunal de Bruxelles. Le défendeur originaire demanda et obtint le divorce, mais il refusa d'y donner suite. Sur cela, le demandeur originaire voulut se prévaloir du jugement qui avait admis le divorce, et le faire prononcer par l'officier de l'état civil. Le tribunal décida qu'il n'y avait pas lieu à accueillir sa demande (2). En effet, d'après le texte comme dans l'esprit de la loi, le demandeur originaire peut seul obtenir le divorce; le défendeur ne le peut pas. Il est vrai

(1) Arrêt de Bruxelles du 28 janvier 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 256).
(2) Jugement du 4 avril 1851 (*Belgique judiciaire*, t. IX, p. 925).

que, dans l'espèce, le divorce avait été demandé par le demandeur originaire et admis par le juge. Mais il était libre de renoncer au bénéfice du jugement, comme il était libre de renoncer à son action avant le jugement, et s'il y renonçait, l'action et le jugement tombaient. Dès lors, il était impossible que le demandeur originaire s'en prévalût.

§ II. *Des preuves des causes déterminées.*

201. Le troisième livre du code Napoléon contient un chapitre sur la preuve des obligations, au titre des *Contrats* ou *Obligations conventionnelles*. Les principes qui y sont établis ne s'appliquent pas exclusivement aux contrats, mais dans leur application aux matières d'état personnel, ils reçoivent des modifications. De là des difficultés et des controverses. Nous commençons par la preuve littérale. Qu'elle soit admise pour prouver les causes de divorce, cela ne fait aucun doute. Mais il y a une espèce d'écrits qui a donné lieu à des contestations nombreuses, ce sont les lettres. En principe, nous ne voyons aucune différence, en ce qui concerne ce genre de preuve, entre les obligations et l'état des personnes ; il faut donc dire que les lettres peuvent servir de preuve, avec une restriction cependant en ce qui concerne les lettres confidentielles. Il résulte de la nature même de ces lettres qu'elles ne peuvent être produites en justice. Une confidence est un secret, et un secret ne peut pas être produit au grand jour des débats judiciaires. Révéler un secret, c'est trahir la confiance qui l'a fait communiquer : un délit moral peut-il jamais être invoqué devant les tribunaux à titre de preuve légale? A plus forte raison les lettres confidentielles ne peuvent-elles pas être invoquées par celui qui se les est procurées par dol ou violence. Il y aurait un double délit moral en ce cas ; donc une raison de plus pour que les tribunaux écartent des lettres que l'on n'a pas le droit de produire. La jurisprudence est en ce sens, ainsi que la

doctrine (1). M. Demolombe seul est d'un avis contraire; mais les motifs qu'il donne sont d'une singulière faiblesse. Aucune loi, dit-il, ne défend de produire une lettre confidentielle devant les tribunaux (2). On pourrait opposer les lois et les constitutions qui proclament l'inviolabilité du secret des lettres ; mais le sens et la portée de ce principe étant controversés, nous le laissons de côté. Il y a un principe que personne ne contestera. Une lettre, dit la cour de cassation, est la propriété de celui à qui elle est adressée, mais une propriété dont il ne peut confier l'usage à personne, et dont personne, à plus forte raison, ne peut user malgré lui; il y a, dans toute hypothèse, abus de confiance et violation d'un dépôt (3). Cela est décisif; les principes de droit sont d'accord avec le cri de la conscience, et gardons-nous de rompre cette harmonie; ce serait ravaler notre science et lui ôter tout crédit.

202. Reste à savoir quelles lettres sont confidentielles. Les lettres adressées à des tiers sont confidentielles en ce sens que des personnes étrangères ne peuvent pas s'en prévaloir. Il a été jugé par la cour de cassation que ce principe est invariable (4). Cela est, en effet, de jurisprudence. Nous lisons dans un arrêt de la cour de Limoges qu'entre particuliers une lettre est, par sa nature même, confidentielle; qu'elle est la propriété de celui qui l'écrit, et n'est qu'un dépôt entre les mains de celui qui la reçoit; qu'il suit de là que celui qui reçoit une lettre ne peut la remettre à un tiers, pour qu'elle devienne entre les mains de celui-ci un titre contre celui qui l'a écrite; qu'une lettre ainsi remise entre les mains d'un tiers ne peut donc jamais servir soit à intenter une action, soit à y défendre. Si les tribunaux accueillaient ces lettres comme moyen de preuve, la justice romprait les liens sacrés qui doivent unir les hommes entre eux (5). La cour de cassation a décidé qu'une lettre adressée à un tiers ne peut être produite en

(1) Dalloz, au mot *Lettre missive*, nos 24-26.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 500, n° 394.
(3) Arrêt du 12 juin 1823 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 621.
(4) Arrêt du 4 avril 1821 (Dalloz, au mot *Lettre missive*, n° 24, 2°).
(5) Arrêts de Limoges du 17 juin 1824 et de Rome du 4 décembre 1810 Dalloz, au mot *Lettre missive*, n° 24, 5° et n° 28).

justice, alors qu'elle a été soustraite par une autre personne que celle qui s'en prévaut; il reste vrai de dire que le secret est violé; dès lors le principe doit recevoir son application; la manière dont la lettre est parvenue entre les mains de celui qui veut en faire usage est indifférente au point de vue de la preuve (1).

203. Doit-on appliquer ces principes à la preuve des causes déterminées du divorce? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. On a soutenu devant la cour de cassation que le législateur trace des règles spéciales sur les preuves dans les matières d'état personnel, en tempérant la rigueur des principes qu'il suit dans les matières ordinaires. Il est vrai qu'il y a des exceptions, mais parfois elles augmentent la rigueur de la loi, comme nous le dirons plus loin, tandis que, dans d'autres cas, elles la modèrent. Toujours est-il que l'on ne peut pas admettre d'exception, à moins que la loi ne l'établisse ou qu'elle ne résulte de la nature même des preuves. De loi, il n'y en a pas; quant à la nature de la preuve par lettres, nous ne voyons pas qu'elle justifie une différence. On lit dans un arrêt qu'en matière de séparation de corps et de divorce, le juge est autorisé à chercher des preuves dans l'intimité de la famille et de son entourage; en effet, les parents sont admis à déposer comme témoins, ainsi que les domestiques. Mais de là on ne doit pas conclure, comme l'a fait la cour de Besançon, que l'on peut produire des lettres confidentielles, pourvu que celui qui veut s'en servir se les soit procurées licitement (2). Cette circonstance est indifférente et ne peut pas servir à décider la question. C'est l'avis de Merlin (3), et la jurisprudence est, en général, en ce sens. Il a été jugé qu'une lettre écrite par le beau-fils à son beau-père était toute confidentielle par sa nature, la lettre n'étant qu'un épanchement naturel entre deux personnes unies par les liens du sang ou de l'alliance; que la femme ne pouvait pas se prévaloir des imputations qu'elle contenait à sa charge, imputations qui n'étaient devenues

(1) Arrêt du 21 juillet 1862 (Dalloz, 1862, 1, 522).
(2) Arrêt du 30 décembre 1862 (Dalloz, 1863, 2, 63).
(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Lettre*, n° VI² (t. XVIII, p. 140).

injurieuses que par la violation du secret de cette lettre de la part du beau-père et par la publicité que la femme elle-même lui avait donnée. Il a même été jugé par la cour de Paris qu'une lettre écrite par la femme au procureur du roi ne pouvait être invoquée par le mari.

Il y a des arrêts en sens contraire. Ils se fondent sur ce qu'il n'y a aucune loi qui défende expressément de produire en justice des lettres d'un tiers. Nous avons répondu d'avance à cette raison. La cour de Besançon dit que la femme adultère ne saurait, pour couvrir son inconduite, invoquer le principe de morale sur lequel repose le secret des lettres (1). Le sentiment qui a dicté cet arrrêt est louable, mais l'argument est mauvais. Il s'agit précisément de prouver que la femme est adultère; si l'adultère était établi, il ne pourrait plus être question de preuves. Il est vrai que le code pénal permet de prouver l'adultère du complice par la correspondance; mais autre est la question de savoir si l'on peut prouver une cause de divorce devant les tribunaux civils en produisant les lettres d'un tiers (2).

204. Quant aux lettres que l'un des conjoints écrit à l'autre, on pourrait croire qu'elles sont essentiellement confidentielles; mais en matière de divorce, il n'en est pas ainsi. Si ces lettres contiennent des injures, des outrages, elles sont par elles-mêmes une cause de divorce; car l'injure peut être écrite aussi bien que verbale. Il est vrai qu'elle ne sera pas publique, mais la loi n'exige pas la publicité. L'adultère de la femme aussi n'est pas public, ce qui n'empêche pas qu'il soit une cause de divorce. La question a d'abord été vivement débattue (3). La jurisprudence est aujourd'hui constante (4), et elle s'appuie sur les vrais principes, tels que Merlin les établit. Toute lettre

(1) Arrêts d'Aix du 17 décembre 1834 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, nº 43, 2º); de Limoges du 17 juin 1824 (Dalloz, au mot *Lettre missive*, nº 28); de Paris du 16 décembre 1829 (Dalloz, *ibid.*, nº 22).

(2) Arrêts de Besançon du 20 février 1860 (Dalloz, 1860, 2, 54) et de Paris du 22 février 1860 (*ibid.*, 1860, 5, 353).

(3) Voyez la plaidoirie de Dalloz dans l'affaire de Montal (*Répertoire*, au mot *Lettre missive*, nº 22).

(4) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, nº 38.

devient la propriété de celui à qui elle est adressée, du moment qu'elle lui est remise. Or, peut-on contester au propriétaire d'un titre quelconque le droit d'en faire usage pour justifier une demande qu'il forme en justice? Dans les procès d'intérêt pécuniaire, cela se voit tous les jours. Il n'y a aucune raison pour ne pas appliquer la règle générale au divorce (1). Il faut dire plus : la preuve la plus directe et la plus évidente de l'injure faite par écrit, c'est la lettre qui la contient. Aussi a-t-il été jugé à plusieurs reprises, par les cours de Belgique, que les lettres injurieuses suffisent pour constater la cause du divorce, et qu'il est inutile de procéder à l'enquête. Une femme quitte son mari; dans la correspondance qui s'engage entre eux, elle avoue ouvertement l'aversion invincible et croissante qu'elle éprouve pour lui; elle déclare que la mort lui paraîtrait préférable à la vie commune avec son mari. En présence de ces outrages répétés, l'enquête devenait superflue; la cour de Bruxelles admit immédiatement le divorce (2).

205. La preuve testimoniale est indéfiniment admissible. On sait que le code Napoléon rejette, en principe, la preuve par témoins, sauf dans les contestations dont le montant pécuniaire n'excède pas cent cinquante francs (art. 1341). Mais ce principe ne s'applique pas aux faits purs et simples, qui par eux-mêmes n'engendrent ni droit ni obligation : tels sont les faits qui constituent les causes déterminées de divorce. Il y a de ces faits qui sont des délits; alors on applique l'exception de l'article 1348, en vertu de laquelle on peut prouver par témoins les délits et les quasi-délits, sans égard au montant pécuniaire du litige.

De là suit que les présomptions sont aussi admises pour prouver les causes déterminées de divorce. En effet, aux termes de l'article 1353, le magistrat peut admettre les présomptions dans les cas où la loi permet la preuve tes-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Lettre missive*, n° VI[2] (t. XVIII, p. 131).

(2) Arrêt du 25 juin 1867 (*Pasicrisie*, 1867, 2, 351). Comparez arrêt de Bruxelles du 9 mars 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 274) et de Liége du 9 décembre 1846 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 336).

timoniale. Il faut que les présomptions soient graves, précises et concordantes; question de fait qui est abandonnée à l'appréciation du juge. Il a été jugé que l'adultère peut être prouvé par voie de présomptions (1), pourvu qu'elles aient le caractère voulu par la loi (2).

206. Les causes de divorce peuvent-elles être prouvées par l'aveu du défendeur? Il y a deux dispositions du code civil qui semblent décider la question en termes formels; l'article 1356 dit que l'aveu judiciaire fait pleine foi contre celui qui l'a fait, et l'article 243 veut que lorsque les époux comparaissent pour la première fois devant le tribunal, il soit dressé procès-verbal des *aveux* que l'un ou l'autre pourra faire. Néanmoins, il est de jurisprudence que l'aveu ne peut, en règle générale, être invoqué comme preuve des faits qui donnent lieu au divorce. Il faut écarter d'abord l'article 1356. Précisément parce que l'aveu fait pleine foi contre celui qui l'a fait, on ne peut s'en prévaloir que quand il s'agit d'intérêts pécuniaires dont il est permis aux parties de disposer librement; dans les matières d'ordre public, le seul consentement des parties ne peut rien; il ne peut surtout rien en matière de divorce, puisque le simple consentement des époux ne suffit pas pour légitimer la dissolution du mariage. Dès lors l'article 1356 est inapplicable; car admettre l'aveu du défendeur comme faisant pleine foi des faits, ce serait faire dépendre le divorce de la volonté ou de la collusion des époux (3).

Reste l'article 243. Il ne dit pas quelle sera la force probante des aveux que le procès-verbal doit constater. Toujours est-il que la loi veut que l'on y ait égard; sans cela, elle n'exigerait pas qu'on les consignât au procès-verbal. Il faut en conclure avec Merlin que le juge peut tenir compte des aveux du défendeur, si les circonstances de la cause lui donnent la conviction que le défendeur est

(1) Arrêts de Bordeaux du 27 février 1807 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, n° 440, 3°) et de Riom du 9 novembre 1810 (*ibid.*, n° 258).
(2) Arrêt de Bruxelles du 5 novembre 1831 (*Pasicrisie*, 1831, 289).
(3) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Adultère*, § X (t. Ier, p. 216). Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 502. C'est l'opinion générale.

de bonne foi et qu'il a fait des aveux pour éviter une enquête scandaleuse.

La jurisprudence est hésitante. Il y a des arrêts qui semblent repousser l'aveu d'une manière absolue, en se fondant sur ce que le code Napoléon rejette les séparations volontaires (1); mais le code rejette aussi les divorces volontaires, et néanmoins l'article 243 veut qu'il soit dressé procès-verbal des aveux. La cour de cassation a toujours suivi l'opinion de Merlin, qui concilie les divers principes en cette matière. Il a été jugé, en matière de divorce, que les aveux du défendeur devaient être pris en considération pour établir les faits allégués par la partie demanderesse; que lorsque ces aveux contribuaient à constater les causes de divorce alléguées par le demandeur, le juge ne pouvait exiger qu'elles fussent pleinement constatées par des moyens indépendants de ces aveux (2). Il a été jugé, en matière de séparation de corps, que si l'aveu ne suffit pas, par lui seul, comme preuve, il peut néanmoins être pris en considération par le juge : l'arrêt de la cour constate que dans toutes les circonstances du procès, et jusque dans le système de la défense, le magistrat avait trouvé la plus complète certitude qu'aucune collusion n'existait entre les époux (3).

207. Le serment décisoire peut-il être déféré par l'une des parties à l'autre? Non, malgré les termes généraux de l'article 1356, qui porte que « le serment décisoire peut être déféré sur quelque espèce de contestation que ce soit. » Cette disposition doit être restreinte aux contestations d'intérêt pécuniaire, on ne peut pas l'appliquer aux questions d'état. En effet, le serment implique une transaction; or, on ne peut pas transiger sur le divorce : ce serait faire dépendre des conventions des parties un procès qui est essentiellement d'ordre public; ce serait permettre un divorce par concours de consentement. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour rejeter le

(1) Voyez les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 260.
(2) Arrêt du 11 frimaire an XIV (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 482).
(3) Arrêts du 6 juin 1853 (Dalloz, 1853, 1, 244) et du 29 avril 1862 (Dalloz, 1862, 1, 515).

serment décisoire (1). Faut-il appliquer le même principe au serment supplétoire? Ce serment n'est pas une transaction; c'est un supplément de preuve que le juge demande à la conscience de l'une des parties, quand la demande ou l'exception n'est pas pleinement dénuée de preuves (art. 1366, 1367). Merlin dit que quand le demandeur n'établit pas pleinement la cause de divorce, sa demande doit être rejetée. C'est décider la question par la question. Il s'agit précisément de savoir si le juge peut chercher un supplément de preuve dans le serment. Cependant nous nous rangeons à l'avis de Merlin. Il reste toujours vrai de dire que la décision de la cause dépendrait de la volonté ou de la conscience de l'une des parties; ce qui, en matière de divorce, est inadmissible.

§ III. *Des fins de non-recevoir contre l'action en divorce pour cause déterminée.*

208. Il ne faut pas confondre les fins de non-recevoir avec les fins de non-procéder. Celles-ci ne concernent que la procédure quand elle est irrégulière. Si l'exception est admise, la procédure est annulée, mais elle peut être recommencée. Tandis que les fins de non-recevoir concernent le fond de la cause; elles écartent la demande sans même en permettre l'examen. Il y a des fins de non-recevoir qui dérivent de l'absence de l'une des conditions requises pour le divorce. Tel serait le cas où le divorce serait demandé pour une cause autre que celles qui sont admises par la loi. Il y a des fins de non-recevoir qui résultent des principes généraux de droit : telle est la prescription. Enfin, il y en a qui sont spéciales au divorce pour cause déterminée : telles sont la réconciliation et, en un certain sens, la compensation.

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Serment*, § II, art. II, nº 6. Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, nº 262.

N° 1. DE LA RÉCONCILIATION.

209. L'article 272 porte : « L'action en divorce est éteinte par la réconciliation des époux, survenue soit depuis les faits qui auraient pu autoriser cette action, soit depuis la demande en divorce. Rien de plus naturel. Les faits qui donnent lieu au divorce constituent une injure; or, l'injure s'efface par le pardon. Si l'époux offensé pardonne au conjoint coupable, il n'y a plus de cause de divorce. La réconciliation suppose donc essentiellement la volonté de pardonner; ce qui implique que l'époux qui pardonne connaît les faits d'où résulte l'offense. Il est impossible, dit la cour de Limoges, que celui qui ignore les faits dont il aurait eu à se plaindre, ait eu l'intention de les pardonner (1). Du reste, la loi ne prescrit aucune condition pour qu'il y ait réconciliation; le juge ne peut donc pas décider que la réconciliation doit avoir une certaine durée; c'est ajouter à la loi et par conséquent la faire. Dès que la réconciliation a existé, l'injure est effacée et l'action tombe (2). Mais il appartient aux tribunaux d'apprécier si la réconciliation est réelle ou apparente. Le mari entretient une concubine dans la maison commune; une réconciliation se fait entre les époux, à condition que la concubine quitte la maison conjugale; elle l'abandonne en apparence, mais elle rentre presque immédiatement. Ce n'est pas là une réconciliation, c'en est le simulacre, a dit la cour de Bruxelles (3). On peut dire plus : la réconciliation était conditionnelle, et la condition n'a pas été remplie.

210. Aux termes de l'article 274, « si le demandeur en divorce nie qu'il y ait eu réconciliation, le défendeur en fera preuve, soit par écrit, soit par témoins. » L'article ajoute : « dans la forme prescrite en la première section

(1) Arrêt du 21 mai 1835 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, n° 79, 1°). Comparez arrêts de Besançon du 20 février 1860 (Dalloz, 1860, 2, 54) et de Liége du 4 janvier 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 233).

(2) Arrêt de cassation du 8 décembre 1832 (Sirey, 1833, 1, 528).

(3) Arrêt du 5 août 1846 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 32).

du présent chapitre. » Il résulte de là que si le défendeur soutient que la réconciliation a eu lieu avant la demande en divorce, il doit observer l'article 249, c'est-à-dire qu'il doit désigner les témoins aussitôt après la prononciation du jugement qui ordonne les enquêtes; s'il ne le fait pas, il sera déclaré non recevable à prouver la réconciliation par témoins (1).

L'article 274 entend-il assimiler en tout la preuve de la réconciliation et la preuve des causes du divorce? Non, il ne s'applique qu'à la preuve testimoniale des faits qui sont invoqués pour établir l'existence de la réconciliation. Le code, au titre du Divorce, ne s'occupe ni du serment ni de l'aveu; donc la question de savoir si l'on peut prouver la réconciliation par l'aveu et par le serment reste entière. Elle est douteuse, à notre avis. Pour l'affirmative, on dit que, en principe, rien ne s'oppose à ce que le pardon d'une injure soit prouvé par l'aveu ; ce pardon éteint l'action. Si une déclaration du défendeur est insuffisante pour rompre le mariage, on ne voit pas pourquoi une déclaration du demandeur ne suffirait pas pour le maintenir. Il n'y a pas de fraude ni de collusion à craindre. Enfin, si la dissolution du mariage doit être évitée, autant que faire se peut, par cela même il importe de faciliter la preuve de la réconciliation qui éteint l'action en divorce. Ces raisons sont très-puissantes ; telle est aussi l'opinion générale. M. Demolombe ne discute pas même la question. Cependant il y a un motif de douter qui nous fait pencher vers l'opinion contraire. Celui qui fait un aveu dispose du droit qui en fait l'objet. Or, peut-on disposer du droit d'intenter l'action en divorce? L'époux offensé peut y renoncer en pardonnant l'injure, mais s'il nie qu'il ait pardonné, peut-on invoquer son aveu dans une matière d'état personnel? Car il y a un état en cause, le mariage. Dès lors, le procès ne peut pas être décidé par la seule volonté de l'une des parties.

Par la même raison, nous n'admettons pas le serment.

(1) Arrêts de Liége du 24 mai et du 13 octobre 1826 (Arntz, *Cours de droit civil français*, t. Ier, p. 230, n° 441).

Le serment décisoire est une transaction; or, on ne peut pas plus transiger sur le maintien du mariage que sur sa dissolution. Quant au serment supplétoire, il faut appliquer ce que nous venons de dire de la preuve des causes déterminées. On ne peut pas plus abandonner la décision du procès en partie que pour le tout, aux époux qui sont en cause; toujours par le motif qu'il s'agit d'une question d'état (1).

211. La réconciliation peut être tacite, c'est-à-dire qu'elle peut résulter d'un fait qui implique l'intention de pardonner l'injure. C'est naturellement au juge à apprécier les caractères du fait. La cohabitation des époux, postérieure à l'offense, peut-elle être invoquée comme impliquant réconciliation? Cela dépend des circonstances qui accompagnent la cohabitation; le fait seul de rester dans le domicile conjugal n'emporte pas volonté de pardonner l'offense; le texte même du code le prouve. Il résulte de l'article 259 que la loi suppose la continuation de la vie commune pendant la procédure en divorce; et aux termes de l'article 268, la femme *peut* quitter le domicile du mari pendant l'instance; c'est une faculté, ce n'est pas une obligation. Puisque la femme peut cohabiter régulièrement avec le mari, l'on ne saurait considérer la vie commune comme une fin de non-recevoir contre elle; il faut autre chose que le fait matériel de la cohabitation, il faut des circonstances qui prouvent que la femme a l'intention de pardonner. La jurisprudence est en ce sens (2). Le fait que la femme est devenue enceinte après les faits qui constituent une cause de divorce serait, en général, une marque de réconciliation; telle est l'opinion des auteurs, et la jurisprudence la consacre, sauf toujours la faculté d'appréciation qui est réservée au juge (3).

(1) Demolombe admet l'aveu, il rejette le serment (t. IV, p. 529, n° 420). Un arrêt de la cour de Trèves du 28 mai 1813 admet le serment (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 433, 2°).

(2) Arrêt de la cour de cassation du 4 avril 1808 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 464). Arrêts de Bruxelles du 9 août 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 310) et du 3 mai 1847 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 270).

(3) Duranton, t. II, p. 518, n° 571. Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 209, 2° et 3°, et n° 77.

212. La réconciliation éteint l'action; toutefois, dit l'article 273, le demandeur pourra en intenter une nouvelle pour cause survenue depuis la réconciliation, et alors faire usage des anciennes causes pour appuyer sa nouvelle demande. Toute réconciliation est conditionnelle par sa nature; l'époux qui pardonne les offenses, le fait parce que son conjoint lui promet d'être à l'avenir fidèle à son devoir. S'il manque à cette promesse, le pardon doit être considéré comme non avenu; les nouveaux torts dont le conjoint se rend coupable font revivre les anciens et les aggravent. Peu importe que l'époux lésé ait ou non intenté une action en divorce. L'article 273 suppose, il est vrai, qu'une première action a été intentée, mais il ne fait que prévoir une hypothèse, il ne prescrit pas de condition. L'époux qui pardonne sans agir en justice témoigne d'autant plus d'indulgence; et si son conjoint, au lieu de repentir et de reconnaissance, montre par sa conduite qu'il est indigne du pardon qui lui a été accordé, certes il ne pourra pas s'en prévaloir. Peu importe encore que les anciens faits aient été allégués dans le premier procès, peu importe qu'ils aient été admis ou rejetés; c'est une nouvelle instance qui s'engage, et la loi elle-même fait revivre les anciens faits (1).

On demande quel doit être le caractère des faits nouveaux. Doivent-ils être assez graves pour autoriser par eux-mêmes le divorce? On comprend à peine que la question soit posée. Il y a cependant des arrêts qui exigent cette condition (2); mais s'il en est ainsi, à quoi bon la disposition de l'article 273? Elle devient un non-sens; pour qu'elle ait une signification, il faut admettre les nouveaux torts comme autorisant la demande en divorce, quoiqu'ils n'aient point, par eux seuls, la gravité requise par la loi, et qu'ils ne l'acquièrent qu'en y ajoutant les faits anciens. Cette interprétation est aussi conforme aux principes. A vrai dire, l'article 273 n'accorde pas une faveur à l'époux lésé, il ne fait qu'appliquer les principes qui régissent les

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 532, nos 423 et 425.
(2) Arrêts de Rouen et de Nîmes dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, no 216.

contrats; car le pardon implique un concours de volontés. Dès que l'époux coupable ne tient pas ses engagements, le pardon cesse et les anciens torts revivent. Telle est la doctrine des auteurs, ainsi que de la plupart des arrêts (1). Il n'est pas nécessaire que les faits nouveaux soient de même nature que les anciens; la loi ne l'exige pas, et il n'y avait pas de raison pour l'exiger; tous les faits se réduisent, en définitive, à un seul, violation des devoirs qu'impose le mariage; peu importe, au point de vue du divorce, en quoi consiste la violation (2).

N° 2. DE LA COMPENSATION.

213. On dit qu'il y a compensation, en matière de divorce, en ce sens que les torts du demandeur affaiblissent ceux de l'époux coupable, à ce point que la faute de celui-ci n'a plus assez de gravité pour que le tribunal admette le divorce. Il est évident qu'il ne peut pas s'agir d'une vraie compensation. On ne paye pas une offense avec une autre offense. N'y aurait-il plus de vol, si le voleur était volé à son tour? Dirait-on que les deux vols se compensent? Il serait tout aussi absurde, tout aussi immoral de dire que les torts des deux époux se compensent réciproquement et qu'il n'en naît plus aucune action. Logiquement, au contraire, il faut dire qu'il en naîtra deux actions, puisqu'il y a deux époux offensés; loin donc qu'il n'y ait plus de cause de divorce, il y a double cause.

Cependant l'idée de compensation s'est fait jour en matière de divorce. La cour d'Agen avait proposé d'inscrire cette fin de non-recevoir dans le code, pour le cas où le demandeur qui imputerait à son conjoint de mauvais procédés, et surtout l'adultère, serait lui-même coupable de la même faute. Les auteurs du code civil n'admirent pas cette singulière théorie. Cela suffit pour la rejeter. Elle a été reproduite par Duranton, et d'autres auteurs l'enseignent. On la fonde sur l'article 336 du code pénal, aux

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, n°s 217 et 433, 2°.
(2) Arrêt de la cour de cassation du 6 juin 1853 (Dalloz, 1853, 1, 244).
(3) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Adultère*, §§ VIII et IX.

termes duquel le mari qui a tenu une concubine dans la maison commune n'est pas admis à dénoncer l'adultère de sa femme. Si, en matière criminelle, où certes un délit ne compense pas l'autre, la loi oppose au mari une fin de non-recevoir quand lui-même est coupable du crime qu'il impute à sa femme, à plus forte raison, dit-on, faut-il admettre cette fin de non-recevoir en matière civile, alors que, se fondant sur l'adultère de son conjoint pour demander le divorce, il se trouve que le demandeur est coupable du même crime. Et s'il en est ainsi en cas d'adultère, pourquoi n'en serait-il pas de même des excès, sévices et injures graves? La raison est identique, et là où il y a même raison de décider, il doit y avoir même décision (1).

Cette opinion n'a pas trouvé faveur. Nous croyons, avec M. Demolombe (2) et avec la jurisprudence, qu'il n'y a aucune analogie entre la dénonciation de l'adultère devant les tribunaux correctionnels et l'action en divorce. La première tend à l'application d'une peine, et c'est le mari seul qui peut dénoncer le délit. Pouvait-on admettre le mari à demander la punition de sa femme adultère, alors qu'il tient une concubine dans la maison conjugale? La demande en divorce est fondée sur la violation d'un devoir, et dès que ce fait est constaté, il doit y avoir dissolution du mariage. Vainement dira-t-on que celui qui viole lui-même ses devoirs ne peut pas se plaindre de ce que le conjoint viole les siens. S'il y a, de part et d'autre, violation du contrat, en inférera-t-on qu'il n'y a pas de violation, et qu'il faut maintenir un mariage où chacun des époux souille le lit conjugal? Il faut, au contraire, donner à chacun des époux le droit de demander le divorce, soit par voie d'action, soit par voie d'exception.

Le droit accordé aux deux époux de demander le divorce, quand tous les deux sont coupables, est la vraie solution de la difficulté. Elle se fonde sur les principes de droit, car là où il y a une cause de divorce, il doit y avoir

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 521, nos 574-576.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 522 et suiv., n° 415.

dissolution du mariage (1). Elle est en harmonie avec le sentiment moral, car la conscience se révolte à l'idée que le mariage devienne indissoluble, par la raison que les deux époux comblent la mesure du scandale. Il reste, il est vrai, une certaine anomalie entre le droit criminel et le droit civil. L'anomalie vient de ce que le code pénal de 1810 donne au mari seul le droit de dénoncer l'adultère de la femme, et il le déclare non recevable s'il est lui-même adultère; le code ne dit pas la même chose de la femme. Le code pénal belge (art. 390) met les deux époux sur la même ligne et ne reproduit plus la fin de non-recevoir consacrée par la législation française. Cela rétablit l'harmonie entre le droit civil et le droit criminel.

En citant un arrêt de la cour d'Orléans contraire à son opinion, Duranton dit qu'il est à croire qu'il ne fera pas jurisprudence. Les tribunaux se sont, au contraire, prononcés pour l'opinion de Merlin; la cour d'Orléans dit qu'on ne peut admettre d'autres fins de non-recevoir que celles qui sont établies par la loi. Cette raison suffit pour décider la question (2). Il résulte de là que la condamnation de l'un des époux pour adultère ne le rend pas non recevable à demander le divorce pour sévices ou injures graves (3).

214. S'il n'y a jamais de compensation proprement dite, en matière de divorce, néanmoins les torts du demandeur peuvent parfois être invoqués par le défendeur, sinon pour se justifier, du moins pour s'excuser. Ce point est très-délicat et demande une grande réserve dans l'application. Nous allons d'abord citer des arrêts qui ont rejeté la demande en divorce ou en séparation de corps, en se fondant sur les torts de l'époux demandeur. Il a été jugé que les sévices ou injures graves ne pouvaient servir de fondement à la demande en divorce, lorsque l'époux qui s'en plaignait les avait provoqués par son inconduite; que

(1) Arrêts de Bruxelles du 16 janvier 1860 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 37) et de Douai du 4 février 1851 (Dalloz, 1853, 2, 152).

(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, n° 194. Arrêt de Bruxelles du 27 juin 1832 (*Pasicrisie*, 1832, 2, 191).

(3) Arrêt de Bruxelles du 8 mai 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 328). Arrêt de la cour de cassation du 10 juin 1824 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 194, 7°).

des coups portés par un mari à sa femme, alors qu'ils trouvaient leur excuse dans des dépenses excessives, dans des défauts de caractère et des courses au dehors, n'étaient pas une cause suffisante de divorce; qu'une demande en divorce pour cause d'adultère n'était pas recevable de la part du mari qui avait laissé sa femme dans une habitation isolée, loin de lui et dans une société notoirement dangereuse pour les mœurs de celle-ci (1). Il a été jugé que des sévices et des injures provoqués par la conduite légère et inconvenante de la femme, ainsi que par ses procédés vexatoires, n'avaient plus la gravité suffisante pour légitimer le divorce; que les torts du demandeur, bien que ne formant pas une fin de non-recevoir formelle, diminuaient la gravité des injures dont se plaignait le défendeur, en sorte qu'il n'y avait plus de cause de divorce (2). Les cours de France ont rendu des arrêts analogues en matière de séparation de corps; leurs arrêts sont d'ordinaire motivés sur ce que les torts de l'un des époux sont une espèce de provocation qui atténue les torts du défendeur, et leur enlève la gravité requise par la loi pour qu'ils deviennent une cause de divorce. La doctrine est d'accord avec la jurisprudence (3).

Est-ce bien par la provocation que se justifient les arrêts que nous venons de rapporter? La provocation implique que l'injure ou les mauvais traitements suivent immédiatement le fait qui constitue la provocation. Ce n'est pas ainsi que les cours ont apprécié les torts réciproques des époux. Elles se considèrent comme une espèce de jury appelé à décider si les causes alléguées par le demandeur ont la gravité que la loi requiert pour la dissolution du mariage; si la conduite de l'un des époux est telle, qu'elle produit chez l'autre une irritation en quelque sorte permanente, les torts de celui-ci sont par là atté-

(1) Arrêts d'Angers du 3 juin 1813, de Turin du 25 messidor an XII, de Paris du 6 avril 1811 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, nos 466, 468).

(2) Arrêts de Bruxelles du 15 mars 1854, du 19 décembre 1857 et de Gand du 2 août 1861 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 353; 1858, 2, 357; 1862, 2, 176).

(3) Voyez les auteurs et les arrêts cités dans Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, nos 198 et 195, et arrêt de la cour de cassation du 30 mars 1859 (Dalloz, 1859, 1, 466).

nués et perdent la gravité qu'ils auraient sans cette circonstance atténuante (1). Il n'y a pas là de provocation proprement dite. Ainsi interprétée, la jurisprudence est conforme aux principes. On ne peut pas lui reprocher de créer une fin de non-recevoir, car elle ne considère pas comme telle les torts du demandeur ; elle se borne à apprécier d'après les circonstances les torts de l'époux coupable. Ainsi s'explique la diversité inévitable des arrêts en cette matière; les faits divers amènent des décisions diverses.

La cour de Bruxelles a décidé que l'on ne peut pas admettre le système des circonstances atténuantes pour l'adultère de la femme; quels que soient les torts du mari, le divorce doit être prononcé, parce que l'adultère de la femme peut introduire dans la famille des enfants qui usurpent le nom et la fortune du mari (2). Il en faut dire autant de l'adultère du mari, bien qu'il n'ait pas les mêmes conséquences; mais il est par lui-même une violation si grave de la foi conjugale, qu'il ne peut jamais s'excuser par les torts de la femme, alors même que celle-ci serait aussi adultère. Sans doute, au point de vue moral, l'époux qui, exaspéré par l'inconduite de son conjoint, se livre de son côté à ses passions, est moins blâmable que celui qui a donné l'exemple de l'inconduite; mais au point de vue légal, il ne saurait y avoir d'excuse pour l'adultère, et quand le lit conjugal est souillé par les deux époux, la moralité publique demande que l'on mette fin à un pareil scandale.

Ne faut-il pas appliquer les mêmes principes aux excès et aux sévices? Pour les excès, il n'y a pas de doute. Quand la vie de l'un des époux est en danger, il peut y avoir des circonstances atténuantes qui diminuent la criminalité du fait, mais le divorce n'en devra pas moins être prononcé, parce que la vie commune devient impossible lorsque l'existence de l'un des époux n'est plus en sûreté. Il y a plus : quand il ne s'agirait que de sévices, les injures ne

(1) Arrêt de Toulouse du 9 janvier 1824 (Dalloz, *Répertoire,* au mot *Séparation de corps,* n° 198, 3°).
(2) Arrêt du 11 novembre 1846 (*Pasicrisie,* 1847, 2, 319).

peuvent pas être alléguées comme une provocation; il n'y a pas de compensation, dit la cour de Poitiers, entre des sévices et des paroles (1). La cour de Douai a jugé, dans le même sens, que le mari s'étant livré, envers sa femme, à de fréquents excès et sévices de la nature la plus grave, il ne pouvait invoquer comme excuse les provocations et l'intempérance de la demanderesse; que ces circonstances atténuaient sans doute, au point de vue moral, les torts du mari, mais leur laissaient néanmoins tous les caractères propres à motiver et même à rendre nécessaire la séparation de corps (2). Par la même raison, il a été jugé que l'ivrognerie de la femme n'est pas une excuse pour les sévices dont le mari se rend coupable (3).

N° 3. DE LA PRESCRIPTION.

215. L'action en divorce se prescrit-elle? Au premier abord, on est étonné de voir la question controversée. Toute action se prescrit, à moins que la loi ne la déclare imprescriptible. Pourquoi donc l'action en divorce ne se prescrirait-elle pas? Sans doute, il arrive rarement que l'on invoque la prescription, parce que le plus souvent quand l'action n'est pas intentée dans un bref délai, il y a réconciliation, et par suite l'action est éteinte. Mais il se peut qu'il n'y ait pas réconciliation quoique la vie commune ait continué; si, par exemple, le mari a ignoré l'adultère de la femme. Peut-on lui opposer, en ce cas, la prescription? Nous croyons qu'en principe il y a lieu à la prescription trentenaire. En effet, aux termes de l'article 2262, toute action se prescrit par trente ans, et la loi ne fait pas d'exception pour l'action en divorce. C'est l'opinion de Zachariæ, et il y a des arrêts en ce sens (4). On objecte que, d'après l'article 2253, la prescription ne

(1) Arrêt du 10 ventôse an XI (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 467).
(2) Arrêt du 4 février 1851 (Dalloz, 1853, 2, 153).
(3) Arrêts de Nancy du 8 mars 1832 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 103, 2°) et de Liége du 10 août 1854 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 440).
(4) Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. Ier, p. 252. Arrêts de Rennes du 28 décembre 1825 (Dalloz, au mot *Prescription criminelle*, n° 102) et de Cologne du 21 février 1849 (*Belgique judiciaire*, t. XVII, p. 1383).

court pas entre époux (1). Mais cette disposition ne peut recevoir d'application au divorce : elle suppose que l'action, suspendue pendant le mariage, commence à courir quand le mariage est dissous ; tandis que si on l'appliquait au divorce, l'action ne pourrait jamais être intentée. Ce serait donc transformer une cause de suspension en un cas d'imprescriptibilité. Cela est inadmissible,

On fait une autre objection pour les causes de divorce qui constituent des délits, telles que l'adultère. Le code d'instruction criminelle (art. 637 et 638) soumet à la prescription de trois ans l'action civile et l'action publique naissant d'un délit. On en conclut qu'après trois ans, l'époux lésé ne peut plus se prévaloir de l'adultère (2). Nous croyons que c'est faire une fausse interprétation des articles 637 et 638. L'action civile qui se prescrit par trois ans est l'action en réparation du dommage causé par le délit, action pécuniaire qui ne peut survivre à l'extinction de l'action publique. Tandis que la demande en divorce n'est pas une action en dommages-intérêts. Elle se fonde sur la violation d'un devoir conjugal, peu importe que cette violation constitue un délit ou non.

§ IV. *De l'action en divorce.*

N° 1. QUI PEUT INTENTER L'ACTION?

216. La loi donne ce droit aux deux époux ; tantôt elle parle du mari et de la femme (art. 229, 230), tantôt des époux (art. 231, 232). Il faut ajouter que l'action ne peut être intentée que par les époux : par son objet et par les causes qui lui donnent naissance, elle est essentiellement personnelle. Les créanciers ne peuvent pas la former ; ils ne pourraient pas même intervenir dans l'instance. Cela va sans dire. Toutefois l'on admet assez généralement que le tuteur peut demander le divorce au nom de

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 512, n° 409.
(2) Massot, *De la séparation de corps*, p. 72, n° 8.

l'interdit; et quand le conjoint est tuteur, on accorde ce droit au subrogé tuteur (1). Nous n'hésitons pas à rejeter cette opinion, comme contraire au texte et à l'esprit de la loi. Il n'y a pas d'action plus personnelle que celle en divorce; elle a pour objet la dissolution du mariage; la loi ne la donne qu'à regret; c'est à l'époux lésé seul à voir s'il lui convient de l'intenter. Sa conscience peut s'y opposer. De quel droit un tiers ferait-il au nom de l'interdit ce que l'interdit peut-être ne voudrait pas faire? Les causes du divorce sont tellement personnelles, que l'on ne conçoit pas l'intervention du tuteur : c'est une injure, c'est-à-dire ce qu'il y a de plus personnel au monde; l'injure s'efface par le pardon; or, qui sait si l'interdit n'a pas pardonné? La procédure exige à chaque pas la présence du demandeur, d'une part afin de s'assurer de sa volonté persistante, d'autre part afin de l'amener à une conciliation. Est-ce que le tuteur peut représenter l'interdit dans ce qu'il a de plus intime, sa volonté?

On dit que le tuteur est donné à la personne, et qu'il doit prendre soin de la personne de l'interdit (art. 509 et 450). Mais s'agit-il, en matière de divorce, de la personne de l'interdit? Il s'agit de rompre le mariage, fondement de la société; il s'agit du conjoint et des enfants nés du mariage, il s'agit de l'honneur de la famille : est-ce là la mission d'un tuteur? Vainement invoque-t-on la morale et la malheureuse position de l'interdit, misérable jouet d'un conjoint déhonté ou cruel. Ces considérations s'adressent au législateur; l'interprète n'a pas à s'en préoccuper. A vrai dire, dans l'opinion générale, on fait la loi. Comme l'action en divorce est chose grave, M. Demolombe veut que le conseil de famille l'autorise. Où est le texte qui l'exige? Et le tuteur peut-il être soumis à demander une autorisation sans un texte de loi (2)?

(1) Demolombe, t. IV, p. 535, n° 428. Arrêts de Colmar du 16 février 1832 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 89, 1°) et de Paris du 21 août 1841 (Dalloz, au mot *Minorité*, n° 237, 3°).

(2) Willequet, *Du divorce*, p. 117, n° 3. Arntz, t. Ier, p. 212, n° 407. — La cour de cassation de Belgique a consacré cette opinion par un arrêt du 11 novembre 1869, rendu sur les conclusions de M. Faider, avocat général. Le réquisitoire et l'arrêt sont remarquables.

Ne pourrait-on pas soutenir que l'action appartient à l'interdit, s'il a des intervalles lucides? Si l'on admet, comme nous l'avons enseigné, que l'interdit peut se marier (1), on doit aussi lui reconnaître le droit d'agir en divorce. Les contrats se dissolvent d'après les mêmes principes qui président à leur formation. Celui qui est capable de former un contrat a, par cela même, capacité de le dissoudre. Les objections ne manquent pas contre notre opinion; nous y avons répondu d'avance. D'après nos textes, l'action en divorce appartient à l'époux. Pourquoi la refuserait-on à l'époux interdit? Est-ce parce qu'il est en état de démence? Nous supposons qu'il agit dans un intervalle lucide. Est-ce parce que l'interdiction le prive de l'exercice de ses droits civils? La loi ne dit pas cela; en réalité, l'interdiction n'a qu'un seul objet, c'est de sauvegarder les intérêts pécuniaires de celui qui est en état de démence. Si cet état lui laisse des intervalles lucides, pourquoi ne lui permettrait-on pas de rompre des liens qu'on lui permet de former dans ces mêmes intervalles? Il n'y a pas de texte qui s'y oppose, et la justice ainsi que la morale y trouveraient satisfaction,

217. Il est certain que les héritiers ne peuvent intenter l'action et qu'elle ne peut être intentée contre eux. Ce serait chose absurde de demander la dissolution d'un mariage que la mort a dissous. On demande si l'action intentée peut être poursuivie par les héritiers et contre eux. Dans l'ancien droit, la jurisprudence avait consacré l'affirmative, et cette opinion a encore trouvé des partisans sous l'empire du code. Il s'agit naturellement des intérêts civils engagés dans le débat, et ils peuvent être considérables. L'époux contre lequel le divorce est prononcé pour cause déterminée perd les avantages que son conjoint lui avait faits. Si la mort de l'un des époux empêche la prononciation du divorce, pourquoi empêcherait-elle de régler les intérêts civils qui dérivent du divorce? Il est vrai que l'action en divorce est personnelle, mais les actions personnelles passent aux héritiers quand elles sont intentées.

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 365, n° 288.

Cela ne décide-t-il pas la question? Non, l'action intentée est l'action en divorce, et celle-là s'éteint par la mort de l'un des époux. Dès cet instant, l'action tombe, le tribunal est dessaisi. Il s'agit donc non pas de continuer une action, mais d'en intenter une nouvelle. Or, il est impossible que les héritiers du demandeur intentent une action en divorce, et tout aussi impossible que le demandeur agisse en divorce contre les héritiers du défendeur. La raison ne le conçoit pas et les principes de droit s'y opposent. Il n'y a pas deux actions en divorce, l'une tendant à la dissolution du mariage, l'autre ayant pour objet de priver l'époux coupable des avantages qui lui ont été faits par son conjoint; il n'y en a qu'une, et son but essentiel est de rompre le mariage. Quant à la perte des avantages, c'est un effet du divorce prononcé : conçoit-on qu'il y ait un effet du divorce, alors qu'il n'y a pas de divorce? Sans doute, la justice et la morale demanderaient que la mort ne profitât pas à l'époux coupable et à ses héritiers. Mais pour qu'ils pussent être privés des avantages matrimoniaux, il faudrait que le législateur organisât une action spéciale et principale, en dérogeant à l'article 959, aux termes duquel les donations en faveur de mariage ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude. Quant aux donations faites pendant le mariage, il n'est pas besoin d'une action en révocation, puisqu'elles sont toujours révocables (article 1096) (1). Nous reviendrons sur la révocation pour cause d'ingratitude, en traitant de la séparation de corps.

N° 2. COMPÉTENCE.

218. L'action en divorce, étant une action civile, doit naturellement être portée devant les tribunaux civils. Mais que faut-il décider quand les faits sur lesquels elle se fonde constituent un délit? L'article 234 répond à notre question : « Quelle que soit la nature des faits ou des délits qui donneront lieu à la demande en divorce pour cause

(1) C'est l'opinion assez généralement suivie (Demolombe, t. IV, p. 536, nos 429-431).

déterminée, cette demande ne pourra être formée qu'au tribunal de l'arrondissement dans lequel les époux auront leur domicile. » Est-ce que cette disposition déroge aux principes qui régisssent l'action civile naissant d'un délit? On sait que cette action peut être portée devant le tribunal qui connaît du délit; et, à première vue, on pourrait croire que l'action en divorce fondée sur un délit est une action civile naissant du délit. Non, l'action civile qui naît d'un délit est une action en dommages et intérêts, par conséquent essentiellement pécuniaire; rien ne s'oppose à ce que les tribunaux criminels la décident. Tandis que l'action en divorce n'a pas pour objet de réparer le dommage que le délit cause à l'époux offensé; elle tend à la dissolution du mariage; cette dissolution, loin d'être favorable aux intérêts pécuniaires du demandeur, peut lui être défavorable. Il y a un plus grand intérêt en cause qu'un intérêt d'argent, l'union conjugale. C'est donc une question d'état que le juge est appelé à décider; dès lors elle doit être portée devant les tribunaux civils. En réalité, l'action en divorce, quoique fondée sur un fait qui constitue un délit, ne dérive pas du délit comme tel, elle dérive de la violation d'un devoir conjugal; voilà pourquoi les tribunaux civils seuls en peuvent connaître.

219. Quel est le tribunal compétent? C'est, d'après l'article 234, le tribunal de l'arrondissement dans lequel les époux ont leur domicile. La femme ayant pour domicile légal celui de son mari, c'est devant le tribunal de ce domicile qu'elle doit porter son action. Peu importe que le mari ait changé depuis peu de domicile. Il en a le droit, et quand le changement est constant, la femme ne peut plus intenter son action à l'ancien domicile (1). Si le mari change de domicile après que l'instance est engagée, il va sans dire que ce fait ne changera pas la compétence. Reste seulement à déterminer le moment précis où le procès commence. Il a été jugé, et avec raison, que la requête présentée au président du tribunal est le premier

(1) Arrêt de Colmar du 12 décembre 1816 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 229).

acte de procédure, et que cette requête répondue par une ordonnance lie l'instance; dès lors elle doit continuer devant le tribunal dont le président est membre (1).

La règle établie par l'article 234 souffre exception dans le cas prévu par l'article 310. Quand les époux sont séparés de corps, ils n'ont plus de domicile commun, puisqu'il n'y a plus de vie commune (2). On rentre donc dans les principes généraux, d'après lesquels le domicile du défendeur détermine la compétence. C'est l'opinion de Proudhon (3).

220. Si le fait pour lequel le divorce est demandé constitue un crime ou un délit, le ministère public peut certes poursuivre l'époux coupable; son action est absolument indépendante de la demande en divorce; il agit dans l'intérêt social, son droit ne peut être limité par une action civile fondée sur le crime ou le délit. L'article 235 suppose que le ministère public intente une poursuite criminelle contre l'époux coupable, et il décide que, dans ce cas, l'action en divorce restera suspendue jusqu'après l'arrêt de la cour de justice criminelle. C'est une application du principe que le criminel tient le civil en état. A la rigueur, l'action en divorce aurait pu continuer, puisqu'elle ne naît réellement pas du délit, mais il en serait résulté une contrariété de décisions judiciaires, si le tribunal civil avait rejeté la demande en divorce à raison d'un fait que le tribunal criminel aurait admis comme constant.

Quelle sera l'influence du jugement criminel sur l'instance en divorce? Si l'époux est acquitté, l'influence est nulle; il peut ne pas y avoir délit et néanmoins cause déterminée de divorce; le procès civil reprendra alors son cours. Si l'époux est condamné, le jugement de condamnation servira de preuve au demandeur en divorce. Décidé par la cour de Liége que le jugement correctionnel qui condamne l'époux pour injures et coups envers son conjoint, est une justification suffisante de la cause déter-

(1) Voyez les arrêts dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 91.
(2) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 115, n° 85.
(3) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 489.

minée du divorce demandé par l'époux lésé (1). La différence que nous établissons entre l'acquittement de l'époux en matière criminelle et sa condamnation résulte de l'article 235; il porte que l'on ne peut inférer du jugement rendu par le tribunal criminel aucune fin de non-recevoir ou exception préjudicielle contre l'époux demandeur en divorce. Cela suppose l'acquittement de l'époux. Il est jugé, à la vérité, que l'époux n'est pas coupable du délit pour lequel il a été poursuivi, mais cela ne prouve pas que le fait qui lui est imputé ne soit une cause de divorce. S'il y a condamnation, le fait qui constitue la cause de divorce est authentiquement constaté par le jugement. Le jugement peut donc être invoqué comme preuve.

N° 3. DE LA PROCÉDURE.

I. *Principes généraux.*

221. Le code de procédure, après avoir prescrit les formes d'après lesquelles la demande en séparation de corps doit être intentée, ajoute (art. 881) : « A l'égard du divorce, il sera procédé comme il est prescrit au code civil. » C'est donc le code Napoléon qui règle la procédure en matière de divorce, et non le code de procédure. Les formes prescrites pour la demande en divorce sont toutes spéciales, parce que le but que le législateur a en vue est un but particulier. Le législateur n'aime pas le divorce; il ne l'accepte que comme une nécessité; il cherche à l'empêcher, en prescrivant des tentatives réitérées de conciliation; il veut qu'une sage lenteur donne aux passions le temps de se calmer. Tandis que, dans les matières ordinaires, l'accès des tribunaux ne saurait être trop facile, ni la procédure trop rapide, dans la procédure en divorce, la loi ralentit la marche de l'instruction, afin que les parties aient à chaque pas l'occasion de réfléchir et de s'arrêter. C'est dans ces termes que l'orateur du gouvernement a exposé l'esprit de la loi (2).

(1) Arrêt du 29 juin 1820 (*Pasicrisie*, 1820, 2, 174).
(2) Treilhard, Exposé des motifs, n° 26 (Locré, t. II, p. 570).

Faut-il conclure de là, avec la cour de cassation, que le code Napoléon renfermant un système complet d'instruction sur les demandes en divorce, on ne peut recourir aux règles de la procédure ordinaire que si un texte l'ordonne expressément (1)? Cela nous paraît trop absolu. Il y a d'abord des règles générales de procédure, dont le code civil ne s'occupe pas; telles sont les formes des jugements. Il est certain que celles-là sont régies par le code de procédure. Ici, l'article 881 ne s'applique pas, car il ne s'agit pas de règles spéciales concernant le divorce. La question devient plus délicate quand il se trouve des lacunes dans le code Napoléon : peut-on et doit-on les combler en recourant au code de procédure? L'affirmative résulte des principes qui régissent l'interprétation des lois. Quand il y a deux lois de date différente sur une seule matière, il faut les appliquer l'une et l'autre, en tant que la dernière ne déroge pas à la plus ancienne. Ici il ne peut pas être question d'abrogation. Seulement on pourrait soutenir, comme l'a fait la cour de cassation, que l'article 881 exclut l'application du code de procédure. Mais le texte n'est pas exclusif, il ne dit pas que dans aucun cas on ne peut appliquer le code de procédure; il ne fait que maintenir les dispositions du code civil sur le divorce; c'est donc comme si elles étaient insérées dans le code de procédure. Eh bien, s'il en était ainsi, on comblerait, sans doute aucun, les lacunes du chapitre consacré au divorce par les règles générales établies dans les autres parties du code. La jurisprudence a consacré ces principes en matière d'enquête. Elle a décidé que le code civil, contenant un mode particulier d'instruction pour les enquêtes, il faut s'en tenir, en général, à ces dispositions; il n'y a donc pas lieu à appliquer les dispositions du code de procédure sur les interpellations à faire aux témoins, ni sur les mentions expresses que ledit code requiert. Mais cela n'empêche pas de compléter le code civil par le code de procédure; ainsi l'article 255 du code Napoléon ne dit rien sur les changements ou additions que les témoins peuvent faire

(1) Arrêt du 28 décembre 1807 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n°475).

lors de la lecture de leurs dépositions; il peut y être suppléé par l'article 272 du code de procédure (1).

222. Les règles tracées par le code civil pour la procédure en divorce doivent-elles être observées sous peine de nullité? Zachariæ dit qu'il y a nullité, et il donne comme raison que les divorces ne doivent pas être favorisés (2). Non, sans doute, mais aussi les droits des personnes ne doivent pas être inutilement entravés; or, quand il y a une cause déterminée de divorce, l'époux lésé a un droit, droit d'autant plus sacré qu'il est le résultat de son infortune. Il ne faut donc pas le considérer ni le traiter comme un coupable, alors qu'il est victime des brutalités de son conjoint. Prononcer la nullité pour la moindre inobservation d'une forme, n'est-ce pas favoriser l'époux coupable au préjudice de l'époux innocent? On dira que tant que le jugement n'est pas rendu, il n'y a encore ni coupable ni innocent; cela est vrai, mais l'expérience prouve que les probabilités sont pour le demandeur ; on ne demande pas le divorce à la légère. Toujours est-il que s'il ne faut pas favoriser le demandeur en divorce, il ne faut pas favoriser non plus le défendeur, qui le plus souvent a des torts plus ou moins graves.

Mais si la nullité ne doit pas être admise comme règle générale et absolue, est-ce à dire qu'il n'y ait jamais nullité? Le code de procédure pose comme principe qu'aucun exploit ou acte de procédure ne pourra être déclaré nul, si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi. Rien de plus sage que cette disposition; elle prévient les chicanes, cette lèpre de la justice. Mais on ne peut pas l'appliquer aux formes prescrites par le code civil; puisque le code civil contient une procédure spéciale en matière de divorce, c'est dans le code qu'il faut chercher les règles qui concernent la nullité. Or, il n'y a pas une seule disposition de la section première qui soit sanctionnée par la

(1) Arrêt de la cour de cassation du 3 mai 1809 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 475, 1°); arrêt de Liége du 29 mars 1847 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 258); arrêt de Gand du 2 avril 1858 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 242). La jurisprudence des cours de Cologne et de Darmstadt est conforme (*Belgique judiciaire*, t. XVII, p. 1379).

(2) Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. Ier, p. 255.

nullité. Que faut-il donc décider? Il ne reste qu'à appliquer aux formes du divorce le principe que la jurisprudence a consacré pour les nullités en général, c'est-à-dire qu'il faut distinguer les formes substantielles des formes qui ne le sont pas. A quel caractère reconnaîtra-t-on les formes substantielles? Il faut voir dans quel esprit les formes sont établies. On va trop loin en disant qu'elles ont pour but d'empêcher le divorce. Nous répétons que le divorce est un droit, quand il existe une cause légale. Il s'agit donc de s'assurer s'il y a une cause véritable qui justifie la dissolution du mariage. Le législateur commence par tenter la réconciliation des conjoints; cela est un point essentiel, car il importe de maintenir l'union des époux. Quand les tentatives de conciliation échouent, on procède à la preuve. Toutes les dispositions qui tendent à prouver les causes du divorce sont aussi essentielles. Enfin, il faut empêcher qu'il n'y ait collusion entre époux pour obtenir, sous le voile d'une cause déterminée, un divorce par un simple concours de consentement. Cela est également substantiel. Le juge décidera dans chaque cas suivant les circonstances de la cause. On dira que ce système prête à l'arbitraire. Le reproche s'adresse au législateur dans toutes les questions de nullité, puisqu'il ne pose aucun principe; c'est, à vrai dire, le juge qui fait fonction de législateur. Après tout, mieux vaut une grande latitude laissée au juge que de l'emprisonner dans des formes qui toutes emportent nullité.

223. Les formes prescrites par la section première ne reçoivent pas d'application au cas prévu par l'article 310. Il n'y a plus d'instruction à faire, puisqu'un jugement a prononcé la séparation de corps pour cause déterminée. Il n'y a plus de préliminaire en conciliation; toute tentative de réconcilier les époux serait inutile, la séparation légale ayant duré trois ans sans qu'ils se soient réconciliés, alors qu'il dépendait de leur seule volonté de rétablir la vie commune. L'article 310 ne prescrit qu'une seule forme; c'est que, sur la demande en divorce, le demandeur originaire soit appelé pour déclarer s'il consent à faire cesser la séparation. Il n'est pas même nécessaire

qu'il comparaisse ; il suffit qu'il soit dûment appelé; son refus de comparaître implique le refus de rétablir la vie commune.

II. *Mesures préliminaires.*

224. En règle générale, toute demande doit être précédée d'un préliminaire de conciliation ; la loi voit un mal dans les procès, et cherche à concilier les parties avant qu'elles portent leur cause devant le tribunal. En matière de divorce, le législateur montre encore plus de sollicitude à prévenir le procès, en ramenant la paix au sein de la famille. Pour donner plus de poids à ces tentatives de conciliation, le législateur en charge, non le juge de paix, comme dans les actions ordinaires, mais le président du tribunal. A cet effet, l'époux demandeur doit se présenter en personne devant le président, pour lui remettre sa demande avec les pièces à l'appui, s'il y en a ; s'il en est empêché par maladie, il doit requérir le magistrat de se transporter à son domicile pour y recevoir sa demande (art. 236). La remise en personne est essentielle, puisqu'elle a pour but d'amener la réconciliation ; le président, dit l'article 237, entend le demandeur et lui fait les observations qu'il croit convenables. On a prétendu aussi qu'il y avait nullité par cela seul que la demande, bien que remise au président, était adressée au tribunal. Nous citons ce fait, pour tenir les interprètes en garde contre un formalisme excessif qui ferait de la justice un déni de justice. Dans l'espèce, il n'y a pas même un prétexte pour la chicane; la loi dit bien que la demande sera remise au président, mais elle ne dit pas qu'elle lui est adressée; or, toute demande s'adresse au tribunal et non au président (1).

225. Si le demandeur persiste à agir, le président parafe la demande et les pièces, et il dresse procès-verbal de la remise du tout en ses mains (art. 236) ; il ordonne que les parties comparaîtront en personne devant lui. Copie de cette ordonnance est par lui adressée à l'époux

(1) Arrêt de Liége du 31 mai 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 231).

contre lequel le divorce est demandé (art. 238). Sur cette communication, on a élevé toutes sortes de chicanes. Doit-elle être remise par le président même? Non, car la loi ne dit pas que l'ordonnance sera *remise*, elle dit qu'elle sera *adressée* au conjoint du demandeur. Peut-elle être remise par un huissier? Oui, sans aucun doute, puisque c'est le moyen le plus sûr de constater la remise. Doit-elle être notifiée par un huissier? Non, puisque la loi ne le prescrit pas (1).

226. Avant d'aller plus loin, il faut voir ce que la demande en divorce doit contenir. L'article 236 veut qu'elle *détaille les faits*. Il faut que l'époux contre lequel le divorce est demandé connaisse exactement les faits qu'on lui impute; le président aussi doit les connaître, sinon il ne pourrait remplir sa mission de conciliateur. La disposition est donc essentielle, et il faut admettre la sanction de la nullité. La jurisprudence est constante en ce sens, au moins quant au principe (2). L'application du principe est abandonnée à l'appréciation du juge. Ici encore, il doit se garder d'une sévérité excessive qui profiterait à l'époux coupable. La jurisprudence française nous paraît mériter ce reproche. Il a été jugé que la requête doit déterminer avec précision le jour, l'heure et toutes les circonstances du fait, et cela en cas d'adultère (3). C'est pousser l'exigence jusqu'à l'impossibilité. L'adultère peut se prouver par témoins, donc aussi par présomptions. Cela exclut la précision du jour et de l'heure et de toutes les circonstances du fait. Sans doute, ce ne serait pas répondre au vœu de la loi, si le demandeur se bornait à dire qu'il demande le divorce pour excès, sévices et injures graves, ou pour adultère de son conjoint; mais on ne peut pas aller jusqu'à exiger que le demandeur précise d'avance des détails qui ne peuvent être établis que par l'enquête. Il faut donc appliquer la loi dans un esprit d'équité. La cour de

(1) Arrêts de Bruxelles du 11 mars 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 92) et de Liége du 31 mai 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 232).

(2) Arrêts de Paris du 14 mars 1806 et de Limoges du 2 juillet 1810 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 448, 4° et 1°).

(3) Arrêt de Paris du 18 février 1806 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 448, 2°).

Bruxelles a bien posé le principe. Elle dit que la requête est valable lorsque le demandeur a satisfait à l'objet que le législateur a eu en vue en prescrivant que la demande détaille les faits. Si la requête met le président à même de faire aux parties les observations propres à opérer un rapprochement, si elle éclaire suffisamment le tribunal appelé à accorder ou à refuser la permission de citer, le but de la loi est atteint, par suite la requête est valable (1). La question doit donc être décidée, dans chaque espèce, d'après les circonstances de la cause.

Supposons qu'il manque quelques détails au gré du défendeur. Faudra-t-il prononcer la nullité de la requête, quoique le demandeur ait réparé l'omission en signifiant au défendeur un acte après la comparution devant le président, mais avant l'audience publique? La cour de Paris a prononcé la nullité (2). N'est-ce pas une rigueur qui dépasse le but de la loi? Le procès n'est pas encore engagé; le défendeur sait tout ce qu'on lui impute avant que l'instance proprement dite commence. De quoi se plaint-il, ou de quoi a-t-il intérêt à se plaindre? La cour de Bruxelles a jugé en ce sens dans un cas analogue; cette décision nous paraît plus équitable (3).

227. L'article 236 veut que le demandeur détaille les faits dans sa requête. En faut-il conclure qu'il ne peut plus proposer de faits après la demande? La jurisprudence est incertaine, mais, en général, peu favorable au demandeur, et les auteurs qui ont écrit sur le divorce se prononcent également en ce sens (4). Nous croyons que cette opinion est contraire au texte et à l'esprit de la loi. Que dit le texte? « Toute demande en divorce détaillera les faits. » Quels sont ces *faits?* Les faits qui constituent la cause du divorce. Est-ce pour cause de sévices, ou d'injures, ou d'adultère que l'époux demande le divorce? Il faut qu'il le

(1) Arrêt du 9 février 1858 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 286).
(2) Arrêt du 14 mars 1806 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 448, 4°).
(3) Arrêt précité du 9 février 1858.
(4) Arntz, *Cours de droit civil français*, t. Ier, p. 215, n° 412. Demolombe, t. IV, p. 584, n° 482.

dise et qu'il expose les faits sur lesquels se fonde la cause qu'il allègue. Peut-il, après qu'il a remis sa requête au président, proposer d'autres faits? Il faut distinguer. Si ces faits constituent une nouvelle cause de divorce, on doit répondre négativement, car ce serait en réalité intenter une nouvelle action; il faudrait donc une nouvelle requête, car la demande en divorce doit, avant tout, être remise au président, afin qu'il essaye de détourner l'époux de son dessein. Mais si l'époux allègue des faits qui ne constituent pas une cause nouvelle, des faits qui confirment, qui fortifient sa demande, en ce sens qu'ils ajoutent une nouvelle preuve à celles qu'il a déjà produites, pourquoi ne pourrait-il pas les faire valoir? Nous en cherchons vainement la raison. Le texte certes ne s'y oppose pas; dès que le demandeur a suffisamment détaillé les faits pour que le président et le défendeur sachent la cause sur laquelle il fonde son action, il a satisfait à la loi. Tout ce qui se passe postérieurement ne peut plus annuler la requête qui est valable. Ce sont de nouveaux arguments que le demandeur fait valoir, et il doit avoir ce droit aussi longtemps que durent les débats. L'opinion contraire conduit à une conséquence vraiment absurde : c'est que le demandeur devrait plaider sa cause jusque dans les moindres détails, devant le président, pour mieux dire, dans sa requête. Ce n'est pas devant le président que l'on plaide, c'est devant le tribunal (1). Autre absurdité. On veut que le demandeur expose tous les détails de la cause de divorce qu'il allègue; mais ces détails, il peut les ignorer, et très-souvent il les ignorera. Il a la conviction que son conjoint est coupable d'adultère, mais il ne connaît pas toute la gravité de sa faute, parce qu'il y a des témoins corrompus qui gardent le silence; si ces témoins parlent, s'il apprend de nouveaux détails de son infortune, on s'opposera à ce qu'il les produise, on demandera que le tribunal n'en tienne

(1) La cour de cassation de Belgique a jugé à peu près en ce sens, sur un réquisitoire remarquable de M. De Cuyper, avocat général (arrêt du 22 février 1844, dans la *Pasicrisie*, 1844, 1, 142). Il y a un arrêt de Bruxelles dans le même sens, du 15 février 1844 (*Pasicrisie*, 1844, 2, 340).

aucun compte! N'est-ce pas s'opposer à ce que le tribunal s'éclaire?

Le demandeur peut-il articuler de nouveaux faits survenus depuis qu'il a présenté sa requête au président? Non, si ces faits constituent une nouvelle cause, partant une nouvelle demande. Mais si ce sont des faits qui se rapportent à la cause pour laquelle l'époux a demandé le divorce, il a le droit de les faire valoir. On le lui refuse cependant; mais voyez à quoi conduit cette doctrine. Le demandeur allègue l'adultère de son conjoint. Depuis qu'il a remis sa requête au président, l'époux coupable a affiché sa honte, et il ne sera pas permis au demandeur d'articuler ces faits! Quoi! l'adultère sera public, et le coupable déhonté viendra dire au tribunal : Vous n'avez pas le droit d'admettre le divorce pour adultère, parce que les faits n'ont pas été articulés dans la requête introductive d'instance! Il est bon de ne pas favoriser le divorce, mais il est bon aussi de ne pas rendre la justice odieuse. Il y a deux arrêts de la cour de cassation en ce sens (1).

En tout cas, il faut décider que si la requête était nulle parce qu'elle ne détaille pas suffisamment les faits, le demandeur peut en présenter une nouvelle au président. Cela a été décidé ainsi par les cours de Limoges et de Paris (2), et cela ne peut faire aucun doute. Le demandeur peut toujours corriger sa demande. Il est juste qu'il doive le faire quand sa demande primitive ne satisfait pas à la loi; mais si la requête était suffisamment détaillée, et si malgré cela on obligeait l'époux à la renouveler, nous ne voyons pas ce que la justice y gagnerait; la chicane en ferait son profit, mais est-ce dans ce but que le législateur prescrit des formes?

228. Nous revenons aux mesures préliminaires. Au jour indiqué par le président dans son ordonnance, les deux époux doivent se présenter devant lui. Le magistrat leur fait les représentations qu'il croira propres à opérer un rapprochement; il doit les faire au demandeur seul,

(1) Arrêts du 18 frimaire an XIV et du 26 mai 1807 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 473). Comparez Demolombe, t. IV, p. 585, n° 482

(2) Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n°s 449, 450 et 472.

s'il est seul comparant (art. 239). C'est une nouvelle tentative de conciliation. S'il y a demande en séparation de corps, le code de procédure défend aux parties de se faire assister d'avoués et de conseils (art. 877). Le code civil ne défend pas expressément aux époux de se faire assister par des gens de loi, mais la défense est implicite; quand il veut leur accorder ce droit, il le dit (art. 342 et 343), donc il le leur refuse par cela seul qu'il ne l'accorde pas. Cela est aussi dans l'esprit de la loi; il n'y a ni demande ni défense devant le président, la présence d'avocats et d'avoués est donc inutile. Toutefois, la loi ne le prohibant pas d'une manière expresse, il n'y aurait pas de nullité si, contrairement au vœu du législateur, les époux étaient assistés d'un homme de loi.

Si le juge ne parvient pas à concilier les parties, il en dresse procès-verbal et ordonne la communication de la demande et des pièces au procureur du roi et le référé du tout au tribunal. Dans les trois jours qui suivront, le tribunal, sur le rapport du président et sur les conclusions du ministère public, accorde la permission de citer; il peut aussi la suspendre, mais la suspension ne peut excéder le terme de vingt jours (art. 239 et 240). La suspension est une de ces sages lenteurs que la loi prescrit dans la procédure en divorce, afin de donner aux parties le temps de la réflexion. Il y a encore quelque chose de spécial dans ce jugement préliminaire, et cela se reproduit dans toute la procédure : la loi exige un rapport, d'abord du président, puis du juge rapporteur (art. 239, 245-248) pour tous les jugements. Est-ce à peine de nullité? La cour de Bruxelles l'a décidé (1). C'est une de ces décisions rigoureuses qu'il nous est difficile d'admettre. Le rapport est sans doute utile pour éclairer le tribunal; mais cette forme est étrangère aux parties; elle n'a rien de commun avec les motifs que l'on donne pour justifier la nullité de la procédure. La réconciliation des parties n'est pas empêchée par le défaut de rapport, leur collusion n'est pas à craindre; c'est à elles à éclairer le tribunal, et peut-on

(1) Arrêt du 6 avril 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 119).

croire qu'il juge sans connaissance de cause, alors que le juge rapporteur prend part aux décisions?

III. *L'instance judiciaire.*

229. Toute instance judiciaire commence par une assignation. Ce qu'il y a de spécial en matière de divorce, c'est que le tribunal doit accorder la permission de citer. Il est appelé à l'accorder parce qu'il a le droit de la refuser; nous venons d'en dire la raison. S'il l'accorde, le demandeur fait citer le défendeur, dans la forme ordinaire et dans le délai légal de huitaine, à comparaître en personne à l'audience. La comparution a lieu à huis clos (art. 241). La loi évite la publicité autant que possible, parce que, une fois la cause du divorce rendue publique, la réconciliation des époux devient pour ainsi dire impossible, et quoique le législateur ne prescrive plus de tentative de réconciliation, après que l'instance est engagée, il ne cesse pas de l'espérer et de la favoriser. Les parties doivent comparaître en personne (art. 241 et 242). Si le demandeur ne comparaît pas, la procédure tombe; il est censé renoncer à son action. Que faut-il décider si le défendeur fait défaut? L'article 242 répond : « Que le défendeur comparaisse ou non, le demandeur exposera les motifs de sa demande, ou les fera exposer par un conseil; il représente les pièces qui l'appuient et nomme les témoins qu'il se propose de faire entendre. » Il résulte de là que la procédure continue malgré le défaut, et il n'y a pas lieu à former opposition contre les jugements qui interviendront. L'article 163 décide la question; il n'ouvre que la voie de l'appel contre les jugements rendus en première instance, contre les jugements par défaut aussi bien que contre les jugements contradictoires; l'opposition n'est admise qu'en appel (art. 165). On demande pourquoi le législateur admet l'opposition en appel, tandis qu'il la rejette en première instance. Il y a de cela une raison historique. C'est qu'au moment où le code civil fut discuté et voté, on était encore sous l'empire de l'ordonnance de 1667, laquelle n'admettait

pas l'opposition en première instance. Il n'y a aucun doute sur tous ces points (1).

230. Si le défendeur comparaît, il peut proposer ses observations tant sur les motifs de la demande que sur les pièces produites par le demandeur et sur les témoins par lui nommés. La loi lui permet de comparaître par un fondé de pouvoir. Il nommera de son côté, dit l'article 243, les témoins qu'il se propose de faire entendre, et sur lesquels le demandeur fera réciproquement ses observations. La loi porte que le défendeur *nommera;* elle est donc impérative. Faut-il en conclure, avec la cour de Bruxelles, que s'il n'a pas nommé ses témoins ni fait de réserves en indiquant les motifs pour lesquels il ne le fait pas, il ne pourra plus en produire (2)? Nous admettons avec la cour que le juge ne doit pas d'office ordonner au défendeur de nommer ses témoins, et que s'il ne l'a pas fait, le tribunal peut prononcer le jugement qui admet le divorce. Mais il serait contraire au texte de la loi de lui interdire la faculté de nommer ses témoins, jusqu'au moment où l'article 249 lui enlève cette faculté.

Il est dressé procès-verbal des comparutions, dires et observations des parties, ainsi que des aveux que l'une ou l'autre pourra faire. Lecture en est donnée aux époux ; il est signé par les parties et mention est faite de leur signature. Si elles ne peuvent ou ne veulent pas signer, il est fait mention de leur déclaration (art. 244).

231. Ici finit le huis clos. Le tribunal renvoie les parties à l'audience publique, dont il fixe le jour et l'heure ; il ordonne la communication de la procédure au procureur du roi et commet un rapporteur. Si le défendeur n'a pas comparu, le demandeur est tenu de lui faire signifier l'ordonnance du tribunal dans le délai qu'il aura déterminé (art. 245). Au jour et à l'heure indiqués, le juge commis fait son rapport et le ministère public prend ses conclusions. Le tribunal statue d'abord sur les fins de non-rece-

(1) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 488, et Willequet, *du Divorce*, p. 172. Comparez arrêt de la cour de cassation de Belgique du 29 février 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 1, 307).
(2) Arrêt du 6 avril 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 119).

voir, s'il en a été proposé. En cas qu'elles soient trouvées concluantes, la demande en divorce sera rejetée. S'il n'a pas été proposé de fins de non-recevoir ou si elles sont rejetées, la demande en divorce sera admise (art. 246).

Qu'entend-on par fins de non-recevoir dans l'article 246? Toutes les exceptions qui tendent au rejet de la demande, les fins de non-procéder aussi bien que les fins de non-recevoir proprement dites. Ainsi le défendeur peut opposer l'exception d'incompétence, ou l'exception du défaut de cause légale du divorce. Il peut aussi proposer l'exception de réconciliation, mais si elle n'est pas prouvée par les aveux du demandeur, le tribunal ne pourra pas statuer immédiatement; il ordonnera au défendeur de faire preuve de la réconciliation soit par écrit, soit par témoins. Quant à la fin de non-recevoir que l'on appelle compensation, elle ne peut être établie que par l'enquête sur le fond du débat.

Le défendeur peut-il encore opposer une fin de non-recevoir après le jugement qui admet la demande? Il faut répondre négativement, avec la jurisprudence(1). Le silence du défendeur implique qu'il n'a point de fin non-recevoir à opposer; et le jugement qui admet la demande en divorce décide implicitement que l'action n'est pas éteinte par une fin de non-recevoir.

232. Immédiatement après le jugement qui admet la demande en divorce, le tribunal en rend un second, par lequel il fait droit à la demande si elle lui paraît en état d'être jugée; sinon il admet le demandeur à la preuve des faits pertinents par lui allégués et le défendeur à la preuve contraire (art. 247). Il faut donc deux jugements : un premier qui admet la demande, un second qui statue au fond ou qui admet les parties à la preuve. La jurisprudence est encore une fois ici d'une rigueur dont nous cherchons vainement la raison. Il a été jugé que l'arrêt qui déclare les faits non pertinents est nul s'il n'a pas été précédé d'un jugement d'admission (2). Il est vrai que la loi

(1) Arrêts de Liége du 24 mai 1826 et du 13 octobre 1826 (*Pasicrisie*, 1826, 2, 167 et 256).

(2) Arrêt de la cour de cassation du 18 frimaire an XIV (Dalloz, au mot

est violée ; mais qu'est-ce que cette violation a de commun avec les principes essentiels de la procédure en divorce? Le premier jugement qui admet la demande est de pure forme ; nous n'en apercevons pas l'utilité. A quoi bon prolonger le procès par des cassations, quand aucune raison majeure ne le demande?

La jurisprudence est peu conséquente. Si tout est de rigueur, il faut aussi prendre au pied de la lettre le mot *immédiatement* qui se trouve dans l'article 247. Il y aurait donc nullité si le second jugement était rendu le lendemain. La cour de Liége a reculé, et certes avec raison, devant ce formalisme excessif (1). Mais si l'on écoute le bon sens et l'équité dans un cas, pourquoi ne pas les écouter toujours?

IV. *L'enquête.*

233. L'enquête est le moyen ordinaire de prouver les faits qui servent de base à la demande en divorce. Cependant elle n'est pas toujours nécessaire. L'article 247 dit que le tribunal peut immédiatement faire droit à la demande, si elle lui paraît en état d'être jugée. *Faire droit,* c'est-à-dire admettre la demande, si la preuve des faits articulés résulte des documents du procès (2). Telle serait la correspondance de l'époux adultère, ou des lettres injurieuses du conjoint contre lequel le divorce est demandé. Le tribunal peut aussi rejeter la demande, si les faits allégués par le demandeur ne lui paraissent pas pertinents. En effet, l'article 247 porte que le tribunal, en ordonnant l'enquête, admet le demandeur à la preuve des faits pertinents. Le tribunal doit donc examiner avant tout si les faits articulés par le demandeur sont pertinents, vraisemblables, et s'ils sont assez graves pour constituer une cause de divorce (3). Si les faits ne présentent pas ces

Séparation de corps, n° 470, 3°), et arrêt de Paris du 27 mars 1813 (*ibid.*, 2°). Merlin, *Répertoire*, au mot *Divorce*, sect. IV, § XIII, n° 1.

(1) Arrêt du 6 juillet 1826 (*Pasicrisie*, 1826, 2, 226).

(2) Arrêt de la cour de cassation du 6 juin 1853 (Dalloz, 1853, 1, 244).

(3) Arrêt de Nîmes du 14 mars 1842 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, n° 77).

caractères, le tribunal doit rejeter la demande. Il va sans dire que les juges ont, en cette matière, un pouvoir discrétionnaire; ils décident souverainement, d'après les circonstances de la cause, si les faits ont un caractère de gravité et de vérité suffisant pour rendre la preuve admissible (1). Enfin le tribunal peut, tout en admettant la preuve, rejeter les faits qui ne lui paraissent pas pertinents.

234. Les parties ont dû nommer les témoins qu'elles se proposent de faire entendre, dès le début de l'instance judiciaire. Après la prononciation du jugement qui ordonne l'enquête, le greffier donne lecture du nom des témoins. Le président avertit les parties qu'elles peuvent encore en désigner d'autres, mais qu'après ce moment elles n'y seront plus reçues (art. 249).

Qui peut être témoin? D'après le droit commun, les parents et alliés des parties jusqu'au degré de cousin issu de germain inclusivement, ainsi que leurs serviteurs et domestiques, peuvent être reprochés (code de procédure, art. 283). Le code civil déroge à cette règle : aux termes de l'article 251, les parents des parties ne sont pas reprochables du chef de la parenté, non plus que les domestiques des époux, en raison de cette qualité. Cette exception était une nécessité : les faits qui constituent les causes du divorce se passant presque toujours dans l'intimité de la famille, ne peuvent être prouvés que par le témoignage de ceux qui vivent dans cette intimité. Toutefois la loi ajoute que le tribunal aura tel égard que de raison aux dépositions des parents et des domestiques. Ces dépositions seront d'ordinaire passionnées et intéressées, chacun des témoins prenant parti pour l'un ou l'autre des époux. Le juge doit donc mettre la plus grande circonspection dans l'appréciation de leurs témoignages.

Le texte de l'article 251 ne parle que des *parents*, tandis que le code de procédure étend l'exclusion aux alliés. Il est évident que l'exception comprend aussi les alliés; si

(1) Arrêt de la cour de cassation du 17 décembre 1839 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 240, 2°).

les parents ne peuvent pas être reprochés, à plus forte raison les alliés ne sont-ils pas reprochables. L'article 251 ajoute que les enfants et descendants des parties ne peuvent pas être témoins. C'est le cri de la nature qui a dicté cette disposition. S'étend-elle aux enfants et petits-enfants nés d'un précédent mariage? L'affirmative ne souffre aucun doute; le texte est conçu en termes généraux, et l'esprit de la loi exclut tout enfant de l'un ou de l'autre des époux. Il en est de même des enfants naturels de l'un des conjoints; la loi ne limite pas l'exclusion aux enfants légitimes, et il n'y avait pas lieu de faire une distinction; le motif pour lequel les enfants sont reprochables s'applique aux uns comme aux autres (1).

La jurisprudence étend l'exception établie par l'article 251 pour les parents et serviteurs des parties, aux autres témoins, qui peuvent être reprochés, d'après le droit commun, par d'autres motifs (2). Cette application extensive d'une disposition exceptionnelle est inadmissible. Les exceptions ne s'étendent pas, pas même par raison d'analogie, et, dans l'espèce, il n'y a pas même analogie. C'est parce que les parents et serviteurs sont le plus souvent les seuls témoins des faits sur lesquels se base la demande en divorce, que le législateur a dû les admettre; encore ne les admet-il qu'à regret. Les motifs qui justifient la disposition de l'article 251 sont étrangers aux autres causes de reproche que le code de procédure admet; donc ces causes doivent être admises dans la procédure en divorce comme dans la procédure ordinaire. C'est la doctrine de tous les auteurs (3).

235. L'article 250 veut que les parties proposent *de suite* les reproches contre les témoins qu'elles veulent écarter; le tribunal statue sur les reproches après avoir entendu le ministère public. Cette disposition impérative

(1) Arrêts de Bruxelles du 20 février 1858 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 60) et de Douai du 16 août 1853 (Dalloz, 1854, 5, 689).

(2) Arrêt de la cour de cassation du 8 juillet 1813 (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, n° 220). Arrêt de Bruxelles du 28 décembre 1815 (*Pasicrisie*, 1815, p. 554).

(3) Voyez les auteurs cités dans Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. Ier, p. 259, note 20.

paraît impliquer une défense de proposer les reproches plus tard. Il ne faut cependant pas l'appliquer avec une sévérité outrée qui irait certes contre l'intention du législateur. L'un des époux apprend qu'un témoin a été suborné par la partie adverse; il n'a pas proposé immédiatement ce reproche, par l'excellente raison qu'il ignorait le fait; peut-être la subornation n'a-t-elle eu lieu que dans le cours de l'enquête; et on lui défendrait de signaler au tribunal un témoin corrompu, parce qu'il n'a pas proposé le reproche alors qu'il ne pouvait pas le proposer? Le législateur peut-il jamais exiger l'impossible? La cour de Liége a jugé, et avec raison, que les reproches pouvaient même être proposés en appel, pourvu que la partie prouve qu'elle n'en avait pas connaissance au moment où la loi veut qu'on les fasse valoir (1).

Le code de procédure (art. 289) dit que, si les reproches proposés avant la déposition ne sont pas justifiés par écrit, la partie en doit offrir la preuve et désigner les témoins; autrement elle n'y sera plus reçue. Il a été jugé que cette disposition n'est pas applicable en matière de divorce (2). Il est de jurisprudence, en effet, que le code Napoléon ayant réglé les formes de l'enquête en matière de divorce, il n'y a pas lieu d'appliquer les dispositions du code de procédure, en ce sens du moins que les nullités établies pour les enquêtes ordinaires ne peuvent être étendues au divorce (3).

236. L'article 252 porte que le jugement qui admet une preuve testimoniale doit dénommer les témoins qui seront entendus et déterminer le jour et l'heure auxquels les parties les présenteront. Aux termes de l'article 253, les dépositions sont reçues par le tribunal séant à huis clos, en présence du procureur impérial, des parties, de leurs conseils ou amis, jusqu'au nombre de trois de chaque côté. Ainsi, à la différence du droit commun (code de procédure, art. 255), les témoins ne sont pas entendus devant un juge-commissaire, c'est le tribunal qui reçoit les dépo-

(1) Arrêt du 20 avril 1822 (*Pasicrisie,* 1822, p. 112).
(2) Arrêt du 6 juillet 1815 de la cour de Bruxelles (*Pasicrisie,* 1815, p. 431)
(3) Voyez les arrêts dans Dalloz, au mot *Séparation de corps,* n° 475, 1 et 2°

sitions. Quel tribunal? Naturellement celui devant lequel l'instance est engagée. Cela résulte à l'évidence de la combinaison des articles 234 et 253. Mais le tribunal ne pourrait-il pas commettre un autre tribunal, à l'effet d'entendre des témoins qui seraient dans l'impossibilité de se déplacer? Le code de procédure admet les commissions rogatoires (art. 255 et 1035). Il a été jugé que ces dispositions ne sont pas applicables en matière de divorce (1). C'est une de ces décisions formalistes qu'il nous répugne d'admettre. Le code Napoléon ne parle pas des commissions rogatoires; donc il faut les rejeter. Est-ce bien là l'esprit de la loi? Sans doute, il importe que les témoins soient entendus par le tribunal appelé à prononcer sur le divorce, et en présence des parties. Mais quand la chose est impossible, ne vaut-il pas mieux que les témoins soient entendus par un autre tribunal que de ne pas être entendus? Pourquoi refuser à la justice un moyen de s'éclairer dans ces graves débats? La question a été décidée en ce sens par la cour de cassation de Darmstadt (2). Si le témoin résidait à l'étranger, il y aurait une difficulté qui est du domaine de la diplomatie. Nos tribunaux n'ont pas le droit de commettre un tribunal étranger, à moins que ce droit ne soit consacré par des traités.

237. Sur quels faits les témoins peuvent-ils être entendus? L'article 247 dit que le jugement qui ordonne l'enquête admettra le demandeur à la preuve des *faits pertinents par lui allégués*, et le défendeur à la *preuve contraire*. Il résulte de là que l'enquête est définie, circonscrite dans les faits déclarés pertinents par le jugement. D'où suit que les témoins ne peuvent pas être entendus sur d'autres faits allégués par l'une des parties. Dans notre opinion, chacune des parties peut toujours alléguer de nouveaux faits, qu'elle aurait ignorés, ou qui se seraient produits après que l'instance est engagée (voyez n° 230); mais pour que ces faits puissent faire l'objet d'une enquête, il faut un nouveau jugement qui les déclare pertinents et admette l'autre partie à la preuve contraire.

(1) Arrêt de Bruxelles du 7 janvier 1833 (*Jurisprudence*, 1833, 2, 268).
(2) Arrêt du 5 mai 1829 (*Belgique judiciaire*, t. XVII, p. 1380, n° 254).

Ces principes s'appliquent aux faits de provocation allégués par le défendeur. Il a été jugé qu'il ne pouvait faire entendre des témoins sur l'inconduite du demandeur, alors que le jugement l'admettait seulement à la preuve contraire des faits allégués par le demandeur. En effet, la preuve contraire consiste à établir que les faits allégués n'existent pas. Autre est la preuve qui tend à établir qu'il y a provocation de la part du demandeur; elle ne combat pas les faits allégués, elle en reconnaît au contraire l'existence; mais elle prétend que ces faits, quoique constatés, sont détruits par la provocation. C'est donc une vraie exception que le défendeur oppose à la demande; par suite, il devient demandeur quant à cette exception; partant il faut qu'il articule les faits, que ces faits soient déclarés pertinents, et que l'autre partie soit admise à la preuve contraire (1). Il y a des arrêts dans un sens opposé. On a jugé que le mari est admis à prouver, dans l'enquête, que les excès dont on l'accuse ont été provoqués par l'inconduite de la femme, quoiqu'il n'ait point parlé de cette inconduite avant le jugement interlocutoire, et que ce jugement ne l'admette pas à en faire preuve. Il n'est pas défendu, dit la cour de Toulouse, aux magistrats d'examiner les causes qui ont pu porter le mari à maltraiter sa femme; il est même de leur devoir de considérer toutes les circonstances qui s'y rattachent, pour se fixer sur le véritable caractère des faits (2). Rien de plus vrai, mais cela ne prouve qu'une chose, c'est que la provocation peut toujours être articulée et par suite prouvée; seulement, pour être admis à la prouver, il faut un jugement qui déclare les faits pertinents, et qui admette le demandeur originaire à la preuve contraire.

238. Le code contient quelques dispositions sur les formes de l'enquête. Aux termes de l'article 254, les parties, par elles ou par leurs conseils, peuvent faire aux té-

(1) Arrêt de Bruxelles du 23 février 1830 (ou, d'après d'autres recueils, du 4 mars), dans la *Jurisprudence du* XIX[e] *siècle*, 1830, III, 117). Arrêt de Bruxelles du 27 février 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 75). Arrêt de Poitiers du 21 janvier 1808 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 253).

(2) Arrêt du 9 janvier 1824 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 198, 3°), et arrêt de Paris du 15 mars 1841, au mot *Enquête*, n° 191).

moins telles observations et interpellations qu'elles jugeront à propos, sans pouvoir néanmoins les interrompre dans le cours de leurs dépositions. Le droit d'interpellation doit être limité, d'après ce que nous venons de dire, aux faits déclarés pertinents par le jugement qui ordonne l'enquête.

Chaque déposition est rédigée par écrit, ainsi que les dires et observations auxquels elle aura donné lieu. L'article 255 ajoute que le procès-verbal d'enquête sera lu tant aux témoins qu'aux parties, que les uns et les autres seront requis de le signer, et qu'il sera fait mention de leur signature ou de leur déclaration qu'ils ne peuvent ou ne veulent signer. A s'en tenir au texte, il faudrait que le procès-verbal tout entier fût lu en présence de tous les témoins; dans la pratique, on suit le code de procédure qui se contente de la lecture de chaque déposition; ce qui est plus rationnel, chaque témoin ne pouvant savoir et contrôler que ce dont il a déposé. Y aurait-il nullité de l'enquête si l'on avait observé les articles 271 et 272 du code de procédure? Non, certes, car le but de la lecture est atteint dès que chaque témoin entend lire la déposition qu'il a faite. La lettre du code Napoléon est, à la vérité, contraire. Mais ne serait-il pas absurde d'annuler une enquête parce que les témoins n'auraient pas entendu lire les dépositions de tous ceux qui ont déposé dans l'enquête (1)?

239. Le code de procédure prescrit beaucoup d'autres formes ; faut-il les observer, et cela sous peine de nullité, quand le code prononce la nullité? Il a été jugé que les formalités du code de procédure s'appliquaient aux enquêtes en matière de divorce, qu'ainsi les témoins devaient déclarer leur âge et profession, à peine de nullité (2). Ces décisions sont contraires au principe que la doctrine et la jurisprudence suivent en cette matière. Le code Napoléon établissant une forme spéciale pour les enquêtes, dans la procédure en divorce, il n'y a pas lieu de recourir au code

(1) Ainsi jugé par arrêt de Gand du 2 avril 1858 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 242).
(2) Arrêts de Nancy du 15 avril 1813 et de Lyon du 18 avril 1810 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 474).

de procédure; du moins ne peut-on appliquer les nullités établies par ce code aux enquêtes en matière de divorce ; ainsi on ne peut annuler une enquête parce qu'il n'a pas été fait aux témoins l'interpellation de déclarer s'ils sont parents, alliés ou serviteurs des parties (1). Au point de vue juridique, cela est incontestable ; on ne peut introduire dans le code Napoléon, qui contient des règles spéciales au divorce, des nullités prononcées par une loi générale postérieure. Cela est aussi fondé en raison. Il ne faut pas multiplier inutilement les nullités de forme, surtout quand elles ne sont pas le fait des parties. Pourquoi la négligence du greffier entraînerait-elle la nullité de la procédure en divorce, alors que les vices de procédure sont absolument étrangers aux principes essentiels en cette matière?

Par la même raison, on ne doit pas appliquer à l'enquête en matière de divorce l'article 293 du code de procédure, qui défend de recommencer une enquête déclarée nulle. La cour de Paris avait jugé en sens contraire (2), mais l'arrêt fut cassé par la cour de cassation, par le motif que la cour avait créé une déchéance que n'établit point la loi de la matière.

240. Après la clôture des deux enquêtes ou de celle du demandeur, si le défendeur n'a pas produit de témoins, le tribunal renvoie les parties à l'audience publique, dont il indiquera le jour et l'heure; il ordonne la communication de la procédure au ministère public et commet un rapporteur. Cette ordonnance doit être signifiée au défendeur, à la requête du demandeur, dans le délai qu'elle aura déterminé (art. 256). La cour de Bruxelles a jugé qu'il n'y avait pas nullité si la signification était faite en dehors du délai fixé par le tribunal (3). Cela nous paraît évident d'après les principes que nous avons posés en cette matière. L'arrêt se fonde sur ce que le code civil n'établit

(1) Arrêt de la cour de cassation du 3 mai 1809 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, nº 475).
(2) Arrêt du 28 décembre 1807 (Merlin, *Répertoire*, au mot *Divorce*, sect. IV, § XIII, nº 3, t. VIII, p. 245).
(3 Arrêt du 30 mai 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 184).

pas de nullité de ce chef. Ce motif est trop absolu; il n'y a pas une seule disposition dans notre section qui prononce la nullité; en faudra-t-il conclure qu'il n'y a jamais de nullité en cette matière?

241. Le tribunal peut-il proroger l'enquête? D'après le droit commun, le tribunal peut accorder la prorogation (code de proc., art. 279). Il le pourrait aussi en matière de divorce, d'autant plus qu'il n'y a pas de délai fixé dans lequel l'enquête doive être terminée. En cas de prorogation, le procès-verbal doit être clôturé et signé, comme la loi le veut pour le procès-verbal de clôture (art. 255). Toutefois, il n'y aurait pas de nullité de ce chef. Il est impossible de considérer comme essentielle une formalité que la loi ne prescrit pas d'une manière expresse. Ainsi jugé par les cours de Cologne et de Darmstadt (1).

V. *Le jugement.*

242. Au jour fixé pour le jugement définitif, le juge commis fait son rapport (art. 257). Il a été décidé que ce rapport est une formalité substantielle, dont l'inobservation entraîne la nullité du jugement définitif (2). Cela nous paraît bien rigoureux. En matière de divorce, tout se passe devant le tribunal; c'est lui qui entend les témoins et les observations des parties. Ainsi, le tribunal entier est éclairé sur tout ce qu'il doit savoir. Où est donc l'utilité, la nécessité de prononcer une nullité qui n'aurait de raison d'être que si un élément d'instruction faisait défaut? Ne multiplions pas les nullités, quand la loi ne le commande pas.

Les parties peuvent ensuite faire, par elles-mêmes ou par l'organe de leurs conseils, telles observations qu'elles jugeront utiles à leur cause. Ceci est l'application d'une règle générale que l'on suit pendant tout le cours du débat. La loi y met cependant une restriction : le conseil du demandeur n'est admis que si le demandeur comparaît en

(1) *Belgique judiciaire*, t. XVII, p. 1380.
(2) Arrêt de Cologne du 30 novembre 1846 (*Belgique judiciaire*, t. V, p. 773).

personne (art. 257 et 248). Le débat est essentiellement personnel; c'est donc le demandeur qui y doit toujours figurer. Quant au défendeur, il peut se faire représenter par un fondé de pouvoir (art. 243). Il importe même de ne pas mettre l'époux coupable en présence du demandeur : c'est une occasion d'irritation de moins. Quand les parties ont plaidé leurs intérêts, le ministère public donne ses conclusions.

243. Si la cause du divorce n'est pas établie, le tribunal doit rejeter la demande. Si elle est établie, le juge doit l'admettre. Il y a cependant une exception. Lorsque la demande en divorce est formée pour excès, sévices ou injures graves, les juges peuvent ne pas admettre immédiatement le divorce, s'ils ont l'espérance qu'une séparation provisoire suffira pour calmer les passions et réconcilier les époux. Dans ce cas, ils autoriseront la femme à quitter la compagnie de son mari, sans qu'elle soit tenue de le recevoir, si elle ne le juge à propos. Si la femme n'a pas de revenus suffisants pour fournir à ses besoins, le mari sera tenu de lui payer une pension alimentaire proportionnée à ses facultés. L'épreuve dure un an. Si, après ce délai, les époux ne se sont pas réunis, le demandeur peut faire citer l'autre époux à comparaître au tribunal dans les délais de la loi, et sur cette citation, le tribunal devra admettre le divorce (art. 259, 260).

La loi ne permet pas cette épreuve quand le divorce est demandé pour cause d'adultère. Dans ce cas, l'injure est trop sanglante pour qu'il reste un espoir de réconcilier les époux. Il va sans dire que lorsque le divorce est demandé comme conséquence de la séparation de corps, il ne peut être question de renouveler une épreuve qui a déjà duré trois ans.

Le texte de l'article 259 suppose que la femme est demanderesse. En faut-il conclure que le tribunal ne pourrait pas ordonner la séparation provisoire, si le mari était demandeur? Non, certes. La rédaction de l'article 259 est un vestige du projet primitif, qui n'admettait pas le mari à demander le divorce pour sévices et injures. Cette disposition fut retranchée, et avec raison, les causes de divorce

devant être les mêmes pour les deux époux. L'article 259 aurait dû être modifié par suite de cette suppression; bien qu'il ne l'ait pas été, il n'y a pas de doute que le juge ne puisse ordonner l'épreuve d'une séparation provisoire, quel que soit le demandeur (1).

244. Le jugement définitif doit être prononcé publiquement. Quand il admet le divorce, le demandeur est autorisé à se retirer devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer (art. 258). Ce n'est pas le tribunal qui prononce la dissolution du mariage, c'est l'officier de l'état civil. On a pensé que c'est à celui qui célèbre le mariage, en déclarant les époux unis au nom de la loi, à rompre leur union. Il résulte de là que, malgré le jugement qui admet le divorce, le mariage subsiste jusqu'à ce que l'officier de l'état civil ait prononcé le divorce. Le jugement peut d'ailleurs être attaqué; nous allons voir par quelles voies.

245. Nous avons vu qu'il n'y a pas lieu à opposition quand le jugement est rendu par défaut. Le jugement contradictoire ou par défaut ne peut donc être attaqué que par l'appel. Aux termes de l'article 263, l'appel n'est recevable que s'il est interjeté dans les trois mois à compter du jour de la signification du jugement, sans distinguer s'il est rendu contradictoirement ou par défaut. L'appel est suspensif : c'est un principe de droit commun qui était déjà suivi lors de la discussion du code civil, et qui est maintenu implicitement par l'article 264, lequel ne permet d'exécuter le jugement que lorsqu'il est passé en force de chose jugée. Le pourvoi en cassation même est suspensif (art. 263); à plus forte raison, l'appel doit-il suspendre l'exécution du jugement (2).

246. L'article 262 porte : « En cas d'appel du jugement d'admission ou du jugement définitif, rendu par le tribunal de première instance en matière de divorce, la cause sera instruite et jugée par la cour d'appel, comme affaire urgente. » Faut-il conclure de là que l'appel n'est

(1) Willequet, *du Divorce*, p. 161, nº 4.
(2) Arrêt de la cour de cassation de Berlin du 11 juillet 1854 (*Belgique judiciaire*, t. XVII, p. 337).

pas recevable des jugements interlocutoires? Les termes de la loi ne sont pas restrictifs, et en principe on ne voit pas pourquoi le législateur aurait restreint le droit d'appel au jugement d'admission et au jugement définitif; l'esprit de la loi n'est pas de hâter la procédure; le législateur veut, au contraire, lui imprimer une sage lenteur. On oppose les travaux préparatoires, qui ne jettent pas une grande lumière sur la question. Nous n'entrons pas dans ce débat, puisqu'il concerne la procédure plutôt que le droit civil. Nous adoptons l'opinion consacrée par la cour de Bruxelles (1).

247. L'article 262 dit que la cause sera instruite et jugée par la cour d'appel, comme affaire urgente. Il résulte de là que l'on suit en appel les formalités ordinaires de la procédure, et qu'il n'y a plus lieu aux formalités exceptionnelles requises en première instance. C'est ainsi que la cour de Liége a jugé qu'il n'était pas nécessaire que le demandeur en divorce comparût en personne (2). Il est assez difficile de se rendre raison de cette différence de procédure en appel et en première instance. On dit que le demandeur ayant suffisamment fait connaître sa volonté ferme et irrévocable de dissoudre le mariage par la procédure devant le tribunal de première instance, il est inutile de l'assujettir aux mêmes entraves en appel. Cette raison n'est pas concluante. L'appel met le premier jugement à néant; la loi aurait donc dû exiger que le demandeur prouvât sa volonté persévérante jusqu'à la décision définitive. Après tout, les deux instances ne constituent qu'une seule et même cause; il n'y a donc pas de motif pour qu'elles s'instruisent différemment.

Nous avons déjà examiné la question de savoir si les parties peuvent proposer de nouveaux faits en appel et nommer de nouveaux témoins. La cour de Bruxelles a décidé à plusieurs reprises que le défendeur en divorce était non recevable à prouver en appel des faits qui tendent à atténuer la gravité des faits qu'on lui reproche;

(1) Arrêt du 25 juin 1862 (*Pasicrisie*, 1863, 2, 359). Voyez, en sens contraire, la *Belgique judiciaire*, t. XVII, p. 209, article de M. Auguste Orts.
(2) Arrêt du 31 mai 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 231).

mais la cour ajoute que ces faits lui étaient connus alors que, d'après la loi, il était appelé à faire ses observations sur la demande et à nommer ses témoins (1). Il est certain que s'il n'a aucun motif pour ne pas proposer en première instance les faits de provocation qu'il allègue en appel, il doit être déclaré non recevable. Mais si l'une des parties invoquait des faits nouveaux, faits pertinents et capables d'influer sur la décision de la cause, nous ne voyons pas pourquoi la cour n'en admettrait pas la preuve. Conçoit-on que le juge refuse de s'éclairer? Il y a des arrêts en ce sens, en matière de séparation de corps (2).

248. L'époux contre lequel le divorce a été prononcé par le jugement de première instance peut-il y acquiescer? peut-il se désister de l'appel qu'il avait formé? Il y a des arrêts en sens divers. La cour de cassation a décidé que l'acquiescement ainsi que le désistement étaient valables (3). Ce qui rend la question douteuse, c'est que le divorce est d'ordre public et ne peut certes pas être l'objet d'une transaction. Ne serait-il pas à craindre d'ailleurs que le divorce n'eût lieu par consentement mutuel, en dehors des formes prescrites par le code civil? Malgré ces raisons qui ont entraîné M. Demolombe ainsi que plusieurs cours, nous croyons que rien ne s'oppose à ce que le défendeur acquiesce ou se désiste de son appel (4). Le défendeur en divorce peut acquiescer tacitement en n'interjetant pas appel : si l'acquiescement tacite est valable, pourquoi l'acquiescement exprès serait-il nul? et pourquoi le défendeur ne pourrait-il pas se désister d'un appel qu'il aurait pu ne pas former? Vainement dit-on que le divorce ne peut pas être volontaire. Est-il plus volontaire quand il y a acquiescement exprès que quand il y a acquiescement tacite? A vrai dire, le divorce n'est volontaire ni dans un

(1) Arrêts du 28 février 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 280) et du 6 avril 1833 (*Pasicrisie*, 1833, 2, 219).
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, nos 301, 302 et 305. La jurisprudence est divisée (*ibid.*, nos 303, 304).
(3) Arrêt du 11 mai 1853 (Dalloz, 1853, 1, 158).
(4) Demolombe, t. IV, no 488, p. 591. Dalloz, au mot *Acquiescement*, no 189.

cas ni dans l'autre. On oublie qu'il y a un jugement qui a admis le divorce. Si donc le divorce a lieu, c'est parce que le juge l'a admis; l'acquiescement vient seulement confirmer ce que le juge a fait; le divorce résulte non pas du consentement du défendeur, mais de la sentence du magistrat.

249. Le code civil admet le pourvoi en cassation; il doit être formé dans les trois mois à compter de la signification de l'arrêt. Par exception aux principes généraux, l'article 263 décide que le pourvoi sera suspensif. S'il ne l'était pas, le divorce pourrait être prononcé, et par suite les époux pourraient contracter une nouvelle union; et si la cour de cassation cassait l'arrêt qui a admis le divorce, le premier mariage subsisterait : d'où résulterait que le même homme se trouverait avoir deux femmes, ou la même femme deux maris à la fois. Par la même raison, la requête civile n'est pas admise en matière de divorce, parce que ce moyen extraordinaire de recours ne suspend jamais l'exécution du jugement. Aussi le code civil n'en parle-t-il pas.

250. Quand le jugement est rendu en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, l'époux qui a obtenu le divorce est obligé de l'exécuter dans les deux mois; à cet effet, il doit se présenter, dans ce délai, devant l'officier de l'état civil, pour faire prononcer le divorce (art. 264). L'article 265 détermine d'une manière précise le jour à partir duquel le délai commence à courir; nous y renvoyons. Il n'est pas nécessaire que le défendeur soit présent, il suffit qu'il soit dûment appelé. Son refus de se présenter ne peut pas arrêter l'exécution du jugement.

Ces dispositions sur l'exécution forcée du jugement dans un délai fatal dérogent au droit commun. Celui qui a obtenu gain de cause est en général libre d'user de son droit quand il veut. La loi ne laisse pas cette faculté à l'époux qui a obtenu le divorce. Pendant le cours du débat, elle prescrit une sage lenteur. Mais quand le divorce est admis par une sentence définitive, il n'y a plus de raison de retarder l'exécution du jugement; il importe, au contraire, de mettre fin à ces affligeants débats le plus tôt

possible (1). Le délai de deux mois est fatal; si le demandeur ne fait pas prononcer le divorce dans ce délai, il est déchu du bénéfice du jugement qu'il avait obtenu. Le mariage subsiste donc, et les époux devront reprendre la vie commune. C'est une réconciliation tacite qui a les effets de toute réconciliation. L'époux qui a renoncé au bénéfice du jugement ne pourra reprendre l'action en divorce que pour cause nouvelle; auquel cas il pourra néanmoins faire valoir les anciennes causes (art. 266). Il faut appliquer ici ce que nous avons dit plus haut des nouvelles causes. Seulement il faut remarquer que les *causes nouvelles* dont parle l'article 265 doivent être postérieures aux deux mois, et non, comme le dit Zachariæ, au jugement. C'est le silence pendant ces deux mois qui équivaut à une réconciliation; et le pardon qui en résulte efface toutes les offenses, même celles qui seraient postérieures au jugement (2).

La déchéance suppose l'inaction complète de l'époux qui a obtenu le divorce. S'il a appelé l'autre époux devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer, et que l'époux ait formé opposition à la prononciation, il ne peut plus être question de déchéance, car il n'y a pas de réconciliation (3).

Toutes les dispositions du code qui concernent l'exécution du jugement parlent du demandeur en divorce, de l'époux qui l'a obtenu. Si le demandeur ne poursuit pas l'exécution du jugement, le défendeur pourrait-il requérir l'officier de l'état civil de prononcer le divorce? La cour de Cologne a décidé avec raison qu'il ne le pouvait pas (4). En effet, le jugement donne un droit au demandeur en divorce, droit auquel il peut renoncer, droit auquel il renonce tacitement par cela seul qu'il garde le silence, et s'il y renonce, le jugement tombe; il n'y a donc plus lieu de faire prononcer le divorce.

251. La loi ne dit rien des formes qui doivent être

(1) Treilhard, Exposé des motifs, n° 27 (Locré, t. II, p. 570).
(2) Willequet, *du Divorce*, p. 228, n° 5.
(3) Arrêt de Bruxelles du 17 novembre 1847 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 185).
(4) Arrêt du 25 avril 1828 (*Belgique judiciaire*, t. XVII, p. 1381, art. 264).

observées pour la prononciation du divorce. Elles résultent de la nature même des choses. Au jour fixé par la citation qui doit être faite à l'époux défendeur, l'époux demandeur se présente devant l'officier de l'état civil; il lui remet le jugement qui autorise le divorce avec une copie de l'exploit de signification qui en a été fait, ainsi que de l'assignation donnée au défendeur. Il doit aussi constater, dans les formes prescrites par le code de procédure (art. 548), qu'il n'y a ni opposition ni appel (1). L'officier de l'état civil déclare ensuite, au nom de la loi, que le mariage est dissous. Il dresse acte de cette déclaration. C'est un acte de l'état civil qui doit être reçu dans les formes ordinaires (2). Si l'un des époux est commerçant, le jugement et l'acte de divorce doivent être rendus publics (code de commerce, art. 66; code de procédure, art. 872).

§ V. *Des mesures provisoires auxquelles peut donner lieu la demande en divorce pour cause déterminée.*

N° 1. PRINCIPES GÉNÉRAUX.

252. Pendant le cours de l'instance et jusqu'à la prononciation du divorce, le mariage subsiste avec toutes ses conséquences légales. Le mari conserve donc la puissance maritale, la femme ne peut faire aucun acte sans son autorisation (3). Il conserve également la puissance paternelle. Il en est de même des effets que le mariage produit quant aux biens des époux. Leurs conventions matrimoniales subsistent. En l'absence d'un contrat de mariage, la communauté légale continue à exister entre les époux; par suite, le mari a toujours l'administration des biens de la femme (4). Il n'y a pas à distinguer si le mari est de-

(1) Arrêt de Bruxelles du 17 novembre 1847 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 185).
(2) Toullier, *le Droit civil français*, t. I, 2, p. 35, n° 701, édition de Duvergier.
(3) Arrêt de la cour de cassation du 11 juillet 1809 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 446).
(4) Arrêt de La Haye du 14 janvier 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 11).

mandeur ou défendeur en divorce. Toutefois la loi prescrit quelques mesures provisoires que la nature de la demande en divorce rend nécessaires. Mais ces mesures ne portent aucune atteinte aux droits du mari, elles les modifient seulement; en dehors de ces modifications, le mari peut exercer tous les droits qui dérivent du mariage et des conventions matrimoniales.

253. Nous trouvons une application de ces principes dans l'article 271. La loi suppose que les époux sont mariés sous le régime de la communauté. Sous ce régime, le mari peut aliéner les biens, meubles ou immeubles, qui composent la communauté, et il a un pouvoir illimité de l'obliger. Conserve-t-il ce pouvoir étendu pendant la durée de l'instance? La loi décide la question affirmativement, car elle donne seulement à la femme une action en nullité, dans le cas où le mari aurait contracté une dette ou consenti une aliénation en fraude des droits de la femme; et c'est à la femme, qui prétend qu'il y a fraude, à la prouver (1). C'est dire que le mari reste maître et seigneur de la communauté. Quant au droit que l'article 271 reconnaît à la femme, c'est l'application d'un principe général posé par l'article 1167, au profit de tous créanciers quand le débiteur fait un acte en fraude de leurs droits. C'est ce qu'on appelle l'action paulienne.

La loi ne parle que de l'aliénation des immeubles. Faut-il en conclure que la femme n'aurait pas le droit d'attaquer la vente des meubles, si elle était frauduleuse? Non, certes; le principe posé par l'article 1167 est général et s'applique à tous actes frauduleux. Il va sans dire que la femme doit prouver la fraude non-seulement du mari, mais aussi des tiers qui ont contracté avec lui; toujours par application des principes généraux (2).

La rédaction de l'article 271 soulève encore une autre difficulté. Il parle des actes faits par le mari postérieure-

(1) Jugement du tribunal de Lyon du 26 janvier 1867 (Dalloz, 1867, 5, 392, n° 8).

(2) Arrêt de Bruxelles du 9 août 1818 (*Pasicrisie*, 1818, p. 73). Jugement du tribunal de Bruxelles du 23 janvier 1856 (*Belgique judiciaire*, t. XIV, p. 188).

ment à l'ordonnance rendue par le président sur la requête du demandeur en divorce (art. 238). Que faut-il décider, si le mari a fait, antérieurement à cette ordonnance, des actes en fraude des droits de la femme? Il est certain que celle-ci ne pourra pas se prévaloir de l'article 271 ; mais ne peut-elle pas invoquer l'article 1167? Il y a quelque doute. La question est de savoir si la femme commune en biens peut attaquer les actes de son mari, comme étant faits en fraude de ses droits. Il s'agit, bien entendu, d'actes que le mari fait en sa qualité de chef de la communauté. Or, le mari en est maître et seigneur ; il peut la dilapider, la ruiner, sans que la femme ait une action quelconque contre lui. Le pouvoir absolu dont il jouit exclut toute idée d'une action fondée sur le préjudice. Mais ne faut-il pas faire exception en cas de fraude (1)? Nous examinerons la question au titre du Contrat de mariage. Si on la décide affirmativement, il faut dire que l'article 271 n'est que l'application du droit commun.

Si l'article 271 n'est que l'application du droit commun, on ne voit pas quelle est l'utilité de cette disposition. Elle s'explique par les travaux préparatoires. Le projet adopté par le conseil d'Etat portait (art. 41) : « A compter du jour de la demande en divorce, le mari ne pourra plus contracter de dettes à la charge de la communauté, ni disposer des immeubles qui en dépendent : toute aliénation qu'il en fera sera nulle de droit. » C'était un moyen énergique de garantir les intérêts de la femme, mais il était injuste puisqu'il présumait la fraude de la part du mari, sans même l'admettre à la preuve contraire. Il se peut cependant qu'il soit de bonne foi, et s'il est de bonne foi, pourquoi lui défendre de s'obliger et d'aliéner? C'eût été porter atteinte aux droits du mari, alors que le mariage subsistait avec ses conséquences légales. Le Tribunat critiqua la disposition du projet et proposa un nouveau système qui ne fut pas accueilli par le conseil d'Etat, mais on abandonna aussi celui du projet pour en revenir

(1) Voyez, en ce sens, un arrêt de Bruxelles du 9 avril 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 42).

au droit commun (1). La disposition actuelle n'a donc d'autre objet que de dire que le mari reste chef de la communauté, qu'il peut s'obliger et aliéner les immeubles, sauf à la femme à attaquer les actes frauduleux, à charge par elle de prouver la fraude, la fraude n'étant plus présumée. Tout cela résulte des principes généraux, et il était inutile de le dire.

N° 2. DES ENFANTS.

254. Aux termes de l'article 267, l'administration provisoire des enfants reste au mari, sans distinguer s'il est demandeur ou défendeur. Quand le divorce est prononcé, la loi confie, en règle générale, les enfants à celui des époux qui l'a obtenu (art. 302). Pendant l'instance, il n'y a pas encore d'époux coupable; il n'y avait donc pas de raison de dépouiller le mari, fût-il défendeur, de l'exercice de la puissance paternelle, ou de modifier cet exercice. La loi veut, en conséquence, que les enfants restent au mari; elle s'exprime en termes impératifs : « l'administration *restera.* » Toutefois elle admet une exception : « A moins, dit l'article 267, qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal, sur la demande soit de la mère, soit de la famille ou du procureur impérial, pour le plus grand avantage des enfants. » L'exception s'applique aux deux hypothèses prévues par la règle, c'est-à-dire que le mari soit demandeur ou défendeur. Peu importe, en effet; c'est le plus grand avantage des enfants qui doit seul être pris en considération : question que le tribunal décide d'après les circonstances.

Nous disons le tribunal. L'article 267 donne ce pouvoir au tribunal et non au président. Du reste, il a été jugé, et avec raison, que le tribunal peut ordonner que les enfants soient remis à la mère aussitôt après que le demandeur a remis sa requête au président (2). Le président n'a pas ce

(1) Observations du Tribunat, n° 12 (Locré, t. II, p. 555 et suiv.).
(2) Arrêt de Bruxelles du 27 germinal an XIII (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 456, 1°).

droit; et cela se comprend, car il s'agit de modifier la puissance paternelle, qui est d'ordre public. Toutefois, s'il y avait urgence à prendre une mesure en faveur des enfants, le président pourrait, comme juge de référé, ordonner qu'ils soient confiés à la mère; mais le président doit, en ce cas, observer les formes prescrites par le code de procédure (art. 806 et suiv.). S'il statuait comme magistrat conciliateur, en vertu de l'article 232 du code civil, il excéderait ses pouvoirs, et son ordonnance serait annulable (1). La différence n'est pas seulement dans les mots : l'ordonnance de référé est susceptible d'appel, tandis qu'on ne peut pas interjeter appel des mesures que le président prend en vertu de sa mission de conciliateur (2).

255. Le tribunal peut-il ordonner que les enfants soient confiés à une tierce personne? L'affirmative ne souffre aucun doute. D'après l'article 267, l'administration provisoire des enfants reste au mari, à moins qu'il n'en soit *autrement* ordonné par le tribunal. La loi ne dit pas que les enfants doivent être remis à la femme; elle est conçue à dessein en termes très-vagues, *autrement ordonné*, ce qui laisse toute latitude au juge. Rien de plus naturel d'ailleurs, le principe étant que le tribunal doit se décider dans son choix, *pour le plus grand avantage des enfants*. Ce qui lève tout doute, c'est qu'après l'admission du divorce, le tribunal peut ordonner que les enfants soient confiés aux soins d'une tierce personne. Pourquoi ce qui se fait définitivement après la dissolution du mariage ne pourrait-il pas se faire, à titre de mesure provisoire, pendant l'instance en divorce (3)?

Les mesures que le tribunal prend à l'égard des enfants sont essentiellement temporaires, en ce sens qu'il peut toujours en prendre d'autres, si l'intérêt des enfants l'exige. Il en est ainsi des mesures dites définitives que le

(1) Arrêts de Grenoble du 2 mai 1864 (Dalloz, 1865, 2, 145) et de Caen du 1er juillet 1867 (Dalloz, 1867, 5, 390, n° 2).

(2) Arrêt de Paris du 5 janvier 1848 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 131).

(3) Voyez, en ce sens, les arrêts cités par Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 123.

tribunal ordonne quand le divorce est admis (1). A plus forte raison le juge peut-il revenir sur des mesures provisoires. Bien entendu que le tribunal ne peut rien décider que sur la demande des parties intéressées. Sont telles, aux termes de l'article 267, les père et mère, la famille, c'est-à-dire le conseil de famille et le ministère public.

256. Il s'est présenté des difficultés sur l'exécution des décisions prises par le tribunal. L'huissier chargé d'exécuter la décision du tribunal peut se faire assister par les agents de la force publique. Cela ne fait aucun doute; c'est le droit commun. La jurisprudence consacre un moyen de coercition moins violent, la saisie des revenus de l'époux récalcitrant (2). Au point de vue des principes de droit, la question est douteuse. Nous l'avons déjà rencontrée, quand il s'agit de forcer la femme à rentrer dans le domicile conjugal. Dans notre espèce, elle est encore plus douteuse. La femme qui refuse de réintégrer le domicile conjugal viole une obligation qu'elle a contractée en se mariant; elle est donc débitrice dans le sens le plus large du mot, et l'on conçoit à la rigueur qu'elle soit contrainte de remplir son devoir par les voies de la saisie. Mais dans notre espèce, la femme n'est pas débitrice; il s'agit uniquement d'exécuter par la force une décision judiciaire. Ne faudrait-il pas un texte de loi qui autorise le juge à ordonner la saisie? Nous le croyons (3). Les tribunaux ont encore choisi une autre voie pour arriver au même but. Ils condamnent l'époux qui refuserait d'exécuter le jugement à des dommages-intérêts fixés par chaque jour de retard (4). Cette voie d'exécution nous laisse également des scrupules. Peut-il être question de dommages-intérêts en cette matière? Quelle est la perte qu'éprouve la mère à qui on refuse de remettre les enfants? quel est le gain dont elle est privée? A vrai dire, il ne s'agit pas des parents, il s'agit de l'avantage des enfants. La chose

(1) Arrêt de Bordeaux du 9 juin 1832 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 327).
(2) Arrêt de Colmar du 10 juillet 1833 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 761).
(3) Voyez plus haut, p. 121, n° 91.
(4) Arrêts de la cour de cassation du 4 avril 1865 et du 8 novembre 1864 (Dalloz, 1865, 1, 387 et 390).

est de toute évidence quand c'est sur la demande du ministère public que les mesures sont prises. Il n'est donc pas exact de dire que l'époux récalcitrant cause un dommage et qu'il est tenu de le réparer. En réalité, le tribunal prononce une peine pécuniaire; or, peut-il y avoir une peine sans loi pénale?

N° 3. DE LA RÉSIDENCE PROVISOIRE DE LA FEMME.

257. L'article 268 porte : « La femme demanderesse ou défenderesse en divorce pourra quitter le domicile du mari pendant la poursuite. » On comprend que l'obligation de la vie commune ne peut subsister pendant l'instance en divorce; la paix de la famille serait troublée à chaque instant, la sûreté même de la femme serait compromise. La femme devait donc avoir le droit de quitter le domicile conjugal. Nous disons que c'est un droit pour elle. En effet, le code dit qu'elle *pourra* quitter le domicile du mari. Est-ce à dire que le tribunal ne doive pas intervenir? L'article 268 ajoute: « Le tribunal indiquera la maison dans laquelle la femme *sera tenue* de résider. » Puisque la femme, en quittant le domicile conjugal, ne peut pas résider où elle veut, elle doit nécessairement s'adresser à la justice pour que le tribunal lui indique la maison qu'elle devra habiter. Le président ne pourrait-il pas assigner à la femme un domicile provisoire? Comme juge de référé, oui, et à titre de mesure d'urgence, mais non comme magistrat conciliateur, car la loi ne lui donne pas ce droit. Il y a, sous ce rapport, une différence entre le divorce et la séparation de corps (code de procédure, art. 878); nous y reviendrons.

La loi dit que le tribunal indiquera la maison où la femme sera tenue de résider. Il a été jugé, en matière de séparation de corps, que la résidence de la femme devait être fixée dans le ressort du tribunal. Cela est sans doute utile, car le mari, conservant la puissance maritale, a le droit et le devoir de surveiller sa femme; mais il est évident que ce n'est pas là une question de droit, c'est un point de fait que le tribunal décidera d'après les circon-

stances et les convenances. Il y a des arrêts en ce sens(1).

258. L'article 268 suppose que c'est toujours la femme qui quitte le domicile conjugal. On demande si le tribunal ne pourrait pas autoriser la femme à y rester, en ordonnant au mari de le quitter? Il a été jugé que la femme ne peut être autorisée à expulser le mari, alors même que la maison conjugale serait un bien paraphernal de la femme (2). Mais la jurisprudence s'est prononcée pour l'opinion contraire, ainsi que la doctrine. Sans doute, le tribunal doit, en règle générale, maintenir le mari dans la maison conjugale, car ce domicile est le sien, et la femme, légalement, n'en a pas d'autre (art. 214); aussi l'article 268 dit-il que la femme pourra quitter le domicile du mari; il ne dit pas que la femme peut expulser le mari. Toutefois il ne le défend pas; il permet de suspendre la vie commune, dès lors peu importe où le mari réside; en droit, la puissance maritale n'est pas lésée si le mari réside dans telle maison plutôt que dans telle autre. Le juge peut donc considérer les circonstances, les convenances et l'intérêt de la famille; ainsi, si la femme exerce une industrie ou un commerce dans la maison conjugale, l'équité exige qu'elle y reste et que le mari la quitte (3).

259. La loi fait une obligation à la femme de résider dans la maison qui lui a été assignée par le tribunal. Aux termes de l'article 269, la femme est tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée toutes les fois qu'elle en sera requise. A défaut de cette justification, le mari pourra refuser la provision alimentaire qu'il doit lui payer, et si la femme est demanderesse en divorce, elle peut être déclarée non recevable à continuer ses poursuites. Nous parlerons plus loin de la pension alimentaire. Quant à la fin de non-recevoir, c'est une espèce de peine que la loi attache à l'inexécution de l'obligation qu'elle impose à la

(1) Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 136. *Belgique judiciaire*, t. XVII, p. 1382.

(2) Arrêt de Limoges du 21 mai 1845 (Dalloz, 1849, 2, 45).

(3) Voyez les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 141, et arrêts de Colmar du 23 mai 1860 (Dalloz, 1860, 2, 200), de Bruxelles du 14 juillet 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 210) et de Gand du 9 juin 1866 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 279).

femme. Quelle est cette fin de non-recevoir? La loi le dit, que la femme peut être déclarée non recevable à *continuer ses poursuites;* ce n'est donc pas une fin de non-recevoir contre l'action en divorce, comme celle dont traite la section III; l'action n'est pas éteinte, seulement la femme ne peut pas continuer la procédure, aussi longtemps qu'elle ne satisfait pas à son obligation. C'est un refus d'audience, comme le dit la cour de Gand (1).

Il faut ajouter que cette fin de non-recevoir n'est pas absolue. La cour d'Amiens avait décidé que le tribunal devait déclarer la femme non recevable par cela seul qu'elle ne justifiait pas de sa résidence dans la maison indiquée; mais l'arrêt a été cassé (2). L'erreur était évidente; le texte dit en effet que le mari *pourra* faire déclarer la femme non recevable, ce qui implique un pouvoir d'appréciation. Cela est aussi fondé en raison. La femme peut quitter sa résidence pour des motifs très-légitimes(3). Si la maison qui lui a été indiquée est celle de sa mère et si celle-ci change de demeure, la femme est certes autorisée à la suivre (4). Il a même été jugé que la femme ne doit pas être déclarée non recevable, alors qu'elle a changé de résidence pour se procurer un logement plus agréable, quand du reste il est constant qu'elle n'a pas voulu se soustraire à la surveillance de son mari (5).

N° 4. DE LA PROVISION ALIMENTAIRE.

260. La femme, dit l'article 268, qui quitte le domicile de son mari pendant la poursuite pourra demander une pension alimentaire proportionnée aux facultés de son mari; l'article ajoute que le tribunal fixe, *s'il y a lieu*, la provision alimentaire que le mari sera obligé de lui payer.

(1) Arrêt du 9 décembre 1864 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 66).

(2) Arrêt de la cour de cassation du 16 janvier 1816 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 235).

(3) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 233. Ajoutez arrêt de Gand précité du 9 décembre 1864 et arrêt de Paris du 27 février 1868 (Dalloz, 1868, 2, 52).

(4) Arrêt de la cour de cassation de Berlin du 18 mai 1821 (*Belgique judiciaire*, t. XVII, p. 1383).

(5) Arrêt de Bordeaux du 8 août 1867 (Dalloz, 1867, 5, 391, n° 7).

S'il y a lieu, il peut donc ne pas y avoir lieu. En général, les époux sont mariés sous le régime de communauté légale ; dans ce cas, la femme n'a aucun revenu, quand même elle aurait des biens personnels, puisque le mari en a la jouissance. Il en est de même si les époux ont stipulé le régime exclusif de communauté ou le régime dotal, alors que la femme n'a pas de paraphernaux. Si la femme n'a pas de revenus, il faut naturellement que le mari lui paye une pension alimentaire pour qu'elle puisse subvenir à ses besoins pendant le cours du procès. Mais si les époux étaient séparés de biens et si les revenus de la femme suffisaient pour fournir à ses nécessités, il n'y aurait pas lieu de lui accorder une pension alimentaire. Il en serait de même si la femme recevait une pension de ses parents, et que cette pension lui fût payée à elle au lieu de l'être au mari ; il serait pourvu à ses besoins, partant elle ne pourrait pas demander que le mari y pourvoie (1). C'est une application des principes qui régissent la dette alimentaire ; il n'y a pas d'obligation de fournir des aliments à celui qui n'est pas dans le besoin (2).

261. L'étendue de la provision alimentaire est aussi réglée d'après les principes généraux. Cela résulte du texte de l'article 268, aux termes duquel la pension alimentaire est proportionnée aux facultés du mari ; il faut ajouter, comme le fait l'article 208, et aux besoins de la femme. En général, les aliments comprennent la nourriture et l'entretien. La provision alimentaire due à la femme pendant l'instance en divorce comprend, en outre, la somme nécessaire pour suivre le procès. La loi ne le dit pas d'une manière expresse, elle n'avait pas besoin de le dire. Il va de soi que le premier besoin de la femme demanderesse ou défenderesse en divorce est de pouvoir soutenir son droit.

En matière de séparation de corps, le code de procédure dit que le président ordonnera de remettre à la femme les effets à son usage journalier (art. 878). Bien qu'il n'y ait

(1) Arrêt de Bruxelles du 15 juillet 1848 (*Pasicrisie,* 1849, 2, 177).
(2) Voyez, plus haut, n° 69, p. 97.

pas de disposition analogue au titre du Divorce, il est certain que le président peut et doit même, comme juge de référé, prescrire cette mesure d'urgence; et si le président ne l'a pas fait, le tribunal le fera; les habillements font partie des aliments. Quels sont les effets dont le président peut ordonner la remise? Il a été décidé, en matière de séparation de corps, que la femme ne peut réclamer que les effets qui lui sont nécessaires, et non les toilettes de luxe, dont les convenances lui interdisent l'usage dans la position où elle se trouve (1). Nous disons avec M. Debelleyme que c'est là une question de fait que le tribunal décidera selon la condition des parties et les circonstances (2). Cela est surtout vrai en matière de divorce, puisqu'il n'y a pas de texte qui limite le pouvoir du juge.

262. L'article 268 dit que le tribunal fixe la pension alimentaire. Ainsi le président n'a pas ce droit. Cependant il faut apporter une restriction à cette décision. Il se peut que la femme quitte le domicile de son mari au moment où elle présente sa requête au président, et que celui-ci lui indique une maison où elle résidera, par voie de mesure d'urgence; il peut aussi, au même titre, lui accorder des aliments, en usant du pouvoir que lui donne le code de procédure (art. 806) de statuer, dans tous les cas d'urgence, comme juge des référés. Cela est généralement admis (3).

La provision alimentaire peut être demandée en appel; elle peut même être demandée pendant l'instance en cassation, mais non devant la cour suprême, puisque celle-ci ne peut statuer au fond (4). Il va sans dire que la pension doit être payée jusqu'au jour où le divorce est prononcé. La femme rentre alors dans le droit commun; elle n'est plus demanderesse ni défenderesse en divorce.

263. L'article 268 suppose que la femme quitte le domicile conjugal. Si elle y reste et si elle y reçoit les ali-

(1) Arrêt de Bruxelles du 26 juin 1849 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 289).
(2) Debelleyme, *Ordonnances de référé*, t. Ier, p. 335.
(3) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, n° 153.
(4) Arrêt de la cour de cassation de Darmstadt du 13 décembre 1841 (*Belgique judiciaire*, t. XVII, p. 1382).

ments, elle ne pourra pas demander de pension alimentaire proprement dite. Mais si le mari lui refusait les sommes nécessaires pour ses besoins personnels et ceux de ses enfants, elle pourrait certes réclamer une provision de ce chef, ainsi que pour les frais du procès (1). Le payement de la pension alimentaire est subordonné à une condition, c'est que la femme réside dans la maison qui lui a été indiquée. Si elle ne justifie pas de sa résidence, le mari peut refuser la provision alimentaire (art. 269). Le refus du mari est-il absolu? Il faut appliquer au payement de la pension ce que nous avons dit de la fin de non-recevoir qui résulte du même défaut de justification. Le tribunal appréciera les raisons que la femme a eues de changer de résidence; si elle n'a pas voulu se soustraire à la surveillance du mari, il n'y a pas lieu d'appliquer l'espèce de peine prononcée par la loi.

264. Le code civil suppose toujours que c'est la femme qui demande la pension alimentaire; il ne dit rien du mari. En effet, le mari conserve la jouissance de ses biens, et en général il jouit des revenus de la femme; régulièrement il n'a donc pas besoin d'une provision. Néanmoins, il se peut qu'il en ait besoin; si les époux sont séparés de biens et si le mari n'a aucune fortune, la femme devra-t-elle payer une pension alimentaire à son mari? Pour les aliments proprement dits, il ne peut pas y avoir de doute; les époux se doivent secours aussi longtemps que le mariage dure (art. 212), par conséquent jusqu'à la prononciation du divorce. Il faut étendre cette obligation à la provision pour frais du procès, car c'est aussi un besoin pour le mari, et la femme doit pourvoir à tous ses besoins si le mari n'a pas de ressources. La jurisprudence est en ce sens (2).

(1) Arrêt d'Amiens du 4 prairial an XII (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 148).
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, n° 151.

N° 5. DES MESURES CONSERVATOIRES.

265. La loi permet à la femme commune en biens de requérir l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté pour la conservation de ses droits (art. 270). Nous avons dit que le mari reste à la tête de la communauté; il conserve donc tous les droits qu'il a comme chef. Il a été jugé, par application de ce principe, que le mari pouvait, sans le concours de la femme, former une demande en partage des successions mobilières à elle échues(1). Il peut aussi disposer des immeubles de la communauté, pourvu qu'il le fasse de bonne foi; s'il le fait en fraude des droits de la femme, celle-ci peut agir en nullité. La garantie de l'action paulienne n'a pas paru suffisante au législateur pour ce qui concerne les effets mobiliers de la communauté. En effet, il est difficile de suivre les meubles entre les mains des tiers, ils se déplacent et ils se cachent trop facilement. Pour assurer les droits de la femme, la loi lui permet de requérir l'apposition des scellés. Les scellés ne sont levés qu'en faisant inventaire avec prisée, et à la charge par le mari de représenter les choses inventoriées ou de répondre de leur valeur comme gardien judiciaire (art. 270). Faut-il conclure de là que le mari ne peut plus aliéner les objets inventoriés? La question est controversée. Il a été bien jugé, à notre avis, que l'article 270 n'entendait pas donner au mari une alternative, en ce sens qu'il aurait la faculté de conserver le mobilier ou d'en payer la valeur (2). La loi ne s'exprime pas ainsi. Elle commence par imposer au mari l'obligation de représenter les choses inventoriées, ce qui implique la défense d'en disposer. Puis, au cas où il ne les représenterait pas, elle le déclare responsable comme gardien judiciaire, ce qui est une vraie pénalité, puisque le gardien judiciaire est contraignable par corps. Une peine ne con-

(1) Arrêt de Paris du 7 pluviôse an XII (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 461).

(2) Voyez les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 362. Dalloz est d'opinion contraire.

stitue certes pas une alternative. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Elle veut donner à la femme une garantie; or, si le mari peut disposer des effets inventoriés, où sera la garantie? La contrainte par corps n'en est pas une quand le mari est insolvable. Vainement objecte-t-on que la défense d'aliéner déroge au pouvoir du mari. Sans doute, mais le but de la loi a été précisément de modifier le pouvoir absolu du mari pour empêcher qu'il n'en abuse au préjudice de la femme. La défense d'aliéner même est une garantie inefficace, puisque la femme ne peut agir en nullité contre les tiers acquéreurs, elle ne peut agir que par action en revendication; or, cette action n'est pas admise contre les tiers possesseurs de bonne foi.

266. La femme a-t-elle besoin de l'autorisation maritale pour requérir ces mesures? A Paris, l'usage est que la femme demande l'autorisation du juge, qui lui est accordée sur requête (1). La cour de Lyon a décidé que l'autorisation n'était pas nécessaire (2). Cette décision est conforme aux principes. L'apposition des scellés et l'inventaire qui le suit sont des actes conservatoires; or, il est de l'essence de ces actes qu'ils se fassent sans délai, sinon ils n'atteignent pas leur but. Le mari peut faire disparaître d'un instant à l'autre le mobilier de la communauté, il faut donc que la femme puisse agir directement. Si l'on exigeait l'autorisation, elle devrait, d'après la rigueur de la loi, la demander au mari, et, seulement sur son refus, à la justice. Or, conçoit-on que la femme s'adresse au mari pour être autorisée à prendre une mesure de défiance contre lui? Quand le législateur donne un droit à la femme, il l'autorise, par cela même, à l'exercer. Il en est ainsi quand la femme révoque une donation qu'elle a faite à son mari pendant le mariage (art. 1096). On dira que toutes ces raisons s'adressent au législateur, qu'il faudrait un texte qui dispensât la femme de l'autorisation maritale. Non, car il est de principe que les incapables peuvent faire les actes conservatoires, parce que ces actes par leur

(1) Debelleyme, *Ordonnances sur référé*, t. Ier, p. 338 et suiv.
(2) Arrêt du 1er avril 1854 (Dalloz, 1856, 2, 241).

nature ne leur nuisent jamais. La femme peut encore invoquer un autre principe. Il ne lui faut pas l'autorisation du juge pour intenter l'action en divorce; l'intervention du président lui tient lieu d'autorisation; or, une fois autorisée, elle peut faire tous les actes qui sont une conséquence directe de la demande en divorce : telles sont certes les mesures conservatoires (1).

267. La loi n'accorde le droit établi par l'article 270 qu'à la femme commune en biens. Que faut-il décider si elle est mariée sous un autre régime? Il est certain que la femme séparée de biens ne peut pas requérir l'apposition des scellés sur les effets mobiliers du mari, puisqu'elle n'a aucun droit sur ses biens; quant aux effets qui lui appartiennent, elle en conserve la libre administration, elle peut en disposer. Si les époux sont mariés sous le régime dotal, ou sous le régime exclusif de communauté, le mari a l'administration et la jouissance des biens de la femme; il pourrait abuser de son droit pour aliéner le mobilier de la femme. Celle-ci aurait donc grand intérêt à faire apposer les scellés. En a-t-elle le droit? Il a été jugé qu'elle ne pouvait invoquer l'article 270, qui ne parle que de la femme commune en biens (2). Mais le texte n'est pas restrictif, et il n'y a aucune raison pour qu'il le soit. Pourquoi refuser à la femme mariée sous tel régime une mesure de conservation qu'on lui accorde quand elle est mariée sous tel autre? Ce n'est pas le régime que la loi a voulu protéger, ce sont les droits de la femme : dès qu'elle a des droits, elle doit pouvoir prendre des mesures pour les conserver. Si la loi ne parle que de la femme mariée sous le régime de la communauté, c'est que tel est le régime du droit commun.

268. Le juge est-il lié par le texte de l'article 270, en ce qui concerne la nature des mesures conservatoires que la femme a le droit de requérir? Il y a quelque hésitation sur ce point dans la jurisprudence. Il nous semble qu'il faut

(1) Massol, *De la séparation de corps*, p. 163. Arrêt de Liége du 25 février 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 299).

(2) Arrêt de Paris du 29 mai 1829 (Dalloz, au mot *Séparation de biens*, nº 162).

distinguer. Si les intérêts de la femme peuvent être sauvegardés par des mesures moins onéreuses pour le mari que celles prescrites par la loi, le tribunal peut les ordonner et la femme doit s'en contenter; car si elle a le droit de prendre des mesures de conservation, elle n'a pas le droit de vexer inutilement son mari et de lui nuire. La femme d'un négociant demande le divorce; pendant toute l'instance, elle ne requiert pas l'apposition des scellés; quand le divorce est admis, elle fait sa réquisition; le mari déclare qu'il est prêt à dresser immédiatement inventaire, ce qui rend les scellés inutiles, scellés qui entraveraient son commerce et nuiraient gravement aux intérêts de la famille. La cour de Liége accueillit cette défense (1). Mais si la femme réclame d'autres mesures que celles que l'article 270 lui permet de requérir, des mesures plus onéreuses, le tribunal n'aurait pas le droit de les ordonner. En ce sens, l'article 270 est restrictif; il l'est parce qu'il déroge aux pouvoirs que le mari a comme chef de la communauté; or, toute dérogation au droit commun est de stricte interprétation (2).

C'est d'après ce principe qu'il faut décider les questions qui se présentent dans l'application de l'article 270. La femme peut-elle demander caution pour les reprises qu'elle aura à exercer après le divorce? Non, et sans doute aucun. Le projet de code civil imposait cette obligation au mari; la disposition fut retranchée, sur les observations du Tribunat, parce qu'elle parut trop dure (3).

La femme peut-elle demander le séquestre des biens de la communauté? peut-elle demander le dépôt des deniers à la caisse des consignations? Ces questions sont controversées; nous croyons qu'elles doivent être décidées négativement. Le séquestre et le dépôt auraient pour effet de priver le mari de l'administration des biens communs; or, aucune loi n'autorise les tribunaux à prononcer cette espèce de déchéance. Sans doute les mesures prescrites

(1) Arrêt du 17 février 1847 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 145).
(2) La cour de Bruxelles l'a ainsi décidé en principe, par arrêt du 13 novembre 1847 (*Pasicrisie*, 1847, 2, 345).
(3) Observations du Tribunat, nº 12 (Locré, t. II, p. 556).

par l'article 270 peuvent être inefficaces; mais il n'appartient pas à l'interprète de combler les lacunes de la loi en créant des exceptions. Si le mari ne présente aucune garantie ni de moralité ni de fortune, la femme n'a qu'un moyen de sauvegarder ses intérêts, c'est de demander la séparation de biens. Dans la procédure en séparation de biens, le tribunal peut ordonner telles mesures de conservation qu'il juge convenables (code de procédure, article 869) (1).

La femme peut-elle pratiquer des saisies-arrêts sur les valeurs appartenant à la communauté? Il y a des arrêts en sens divers sur cette question. Nous croyons que la femme n'a pas ce droit, par la raison que la loi ne le lui donne pas, et qu'il n'est pas permis d'étendre la disposition exceptionnelle de l'article 270 (2). Vainement objecte-t-on que la saisie est un acte moins rigoureux et moins blessant pour le mari que l'apposition des scellés (3). Il ne s'agit pas de savoir si un acte blesse la susceptibilité du mari, mais s'il lèse ses droits. Or, la saisie des valeurs de la communauté mettrait le mari dans l'impossibilité d'administrer, ce serait donc lui enlever un pouvoir qu'il a comme chef de la communauté; ce serait encore lui enlever la jouissance des biens communs ; tandis que l'apposition des scellés lui laisse l'administration et la jouissance. Il est vrai que le mari peut abuser de son pouvoir, mais nous répétons que l'interprète ne peut pas corriger la loi. La femme a d'ailleurs un moyen de sauvegarder pleinement ses intérêts, c'est de demander la séparation de biens.

269. Le mari peut-il requérir les mesures de conservation prévues par l'article 270? Il y a des arrêts en sens divers (4). La question est mal posée. Il ne peut pas s'agir

(1) Voyez la jurisprudence française, en matière de séparation de corps, dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, nos 176-177. La jurisprudence belge n'admet pas le séquestre (arrêts de Bruxelles du 16 juin 1832 et du 13 novembre 1847, dans la *Pasicrisie*, 1832, 180, et 1847, 345).

(2) Arrêts de Caen du 29 mai 1849 et de Bordeaux du 6 février 1850 (Dalloz, 1850, 5, 422, et 1850, 2. 150). Voyez, en ce sens, une dissertation de Martou, dans la *Belgique judiciaire*, t. XVII, p. 1609).

(3) Arrêt du 25 février 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 299). Voyez, en ce sens, les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, nos 172, 174.

(4) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, no 166.

pour le mari d'invoquer l'article 270. En effet, quel est le but de cette disposition? C'est de garantir les droits que la femme peut avoir sur le mobilier de la communauté. Demander si le mari peut prendre des mesures conservatoires pour le mobilier qui lui appartient, c'est faire une question absurde. Le propriétaire saisit sa chose là où il la trouve, par une action en revendication ; or, le mari est propriétaire du mobilier de la communauté. Cela décide la question. Le mari n'a pas besoin de se prévaloir de l'article 270 ; il agit comme maître et seigneur.

§ VI. *De la demande reconventionnelle en divorce.*

270. Le code Napoléon ne parle pas de la demande reconventionnelle en divorce. Faut-il en conclure qu'il ne peut y avoir lieu à une demande reconventionnelle en cette matière? Non, le droit des époux résulte des articles du code qui permettent à chacun d'eux d'agir en divorce, quand l'une des causes déterminées par la loi existe. S'ils peuvent le faire par action directe et principale, il n'y a pas de raison pour qu'ils ne puissent le faire par voie de demande reconventionnelle. Toutefois ce principe doit être entendu avec une restriction. En règle générale, quand il y a une cause de divorce contre chacun des deux époux, le divorce peut être prononcé sur la demande de chacun d'eux, et chacun d'eux a intérêt à le demander, à raison des effets que le divorce produit contre l'époux coupable, effets que nous exposerons plus loin. Mais il peut se faire qu'en cas de torts réciproques, le tribunal rejette le divorce. La demande reconventionnelle peut donc aboutir à une fin de non-recevoir contre l'action du demandeur. Quand le tribunal doit-il admettre le divorce et la demande reconventionnelle? Quand doit-il rejeter les deux demandes en appliquant ce qu'on appelle improprement la compensation? C'est une question de fait qui est abandonnée à l'appréciation du juge, comme nous l'avons dit en traitant des fins de non-recevoir (n°s 213 et 214).

271. Dans quelle forme la demande reconventionnelle peut-elle ou doit-elle être faite? D'après le droit commun, il suffit d'un simple acte (code de procédure, art. 337). Mais on sait que les règles générales de procédure ne sont pas applicables en matière de divorce. La demande reconventionnelle est une vraie action en divorce; or, les actions en divorce sont assujetties à des formes spéciales, formes d'ordre public qui doivent nécessairement être observées, parce qu'elles tendent à empêcher le divorce en multipliant les tentatives et les occasions de réconcilier les époux. On objecte que ces tentatives ayant eu lieu sans aboutir, il est inutile de les répéter. Le tribunal de Bruxelles répond, dans un jugement très-bien motivé, que la demande reconventionnelle change complétement la position du demandeur en divorce, il devient défendeur à son tour, et, comme tel, il peut avoir intérêt à ce que le divorce ne soit pas prononcé; il importe donc de mettre de nouveau les parties en présence devant le juge conciliateur (1). Cela décide la question.

272. Quand la demande reconventionnelle doit-elle être formée? Comme il n'y a aucune restriction dans la loi, il faut décider qu'elle peut être faite en tout état de cause; le juge ne peut opposer une fin de non-recevoir qui n'est pas écrite dans les textes. Il y a un arrêt contraire de la cour de Cologne qui a repoussé une demande reconventionnelle parce qu'elle était postérieure au jugement d'admission (2). Cela est tout à fait arbitraire. Il n'y a qu'une fin de non-recevoir qui résulte de la force des choses. Après la prononciation du divorce obtenu par le demandeur, il ne peut plus être question d'une demande reconventionnelle, d'abord parce qu'il n'y a plus d'instance, ensuite parce que l'on ne peut demander la dissolution d'un mariage qui n'existe plus.

(1) Jugement du 12 juin 1852, confirmé en appel le 7 août (*Pasicrisie*, 1852, 2, 339).

(2) Arrêt du 30 mai 1833 (*Belgique judiciaire*, t. XVII, p. 1379). En sens contraire, Arntz, *Cours de droit civil français*, t. Ier, p. 261, n° 498. M. Arntz est le seul auteur qui traite spécialement des demandes reconventionnelles en matière de séparation de corps.

SECTION III. — Du divorce par consentement mutuel.

§ Ier. *Principes généraux.*

273. A s'en tenir aux déclarations faites au conseil d'Etat, le nom de divorce par consentement mutuel répondrait très-mal à la pensée que le législateur a eue en organisant ce divorce. Portalis dit et répète que le mariage n'est pas un contrat ordinaire qui se dissout par le concours de volontés, comme il se forme par le concours de volontés. Il dit et répète que le mariage est contracté dans un esprit de perpétuité. Portalis en conclut qu'il ne peut être brisé par la seule volonté des parties, qu'il ne peut l'être que pour des causes légitimes et vérifiées (1). Aussi la commission chargée de la rédaction d'un projet de code n'admettait-elle pas le divorce par consentement mutuel (2). Qu'est-ce donc que le divorce que le code Napoléon appelle par consentement mutuel?

Portalis répond que le consentement mutuel, tel que la loi l'organise, est la preuve d'une autre *cause légitime* (3). Quelles sont ces *causes ?* Et pourquoi le législateur n'exige-t-il pas qu'elles soient prouvées directement? pourquoi se contente-t-il du consentement mutuel? Il n'y a pas d'autres causes légitimes que celles que le code Napoléon appelle causes déterminées, l'adultère, les excès, les sévices et les injures graves. S'il existe une de ces causes, elle peut être prouvée directement; pourquoi la loi se contente-t-elle de la preuve indirecte, pour mieux dire, de la présomption qui résulte du consentement mutuel? Treilhard l'explique dans l'Exposé des motifs. Il y a deux de ces causes que l'époux lésé ne peut pour ainsi dire pas produire au grand jour de la publicité : ce sont les excès et l'adultère. Le mot vague d'excès cache un attentat à la vie. Comment veut-on qu'un époux allègue une cause de divorce qui, si elle est prouvée, conduira son conjoint à

(1) Séance du 24 vendémiaire an x, n° 5 (Locré, t. II, p. 489).
(2) Portalis, Discours préliminaire, n° 53 (Locré, t. Ier, p. 169 et suiv.).
(3) Séance du conseil d'Etat du 6 nivôse an x, n° 13 (Locré, t. II, p. 531).

l'échafaud? La publicité serait fatale pour l'innocent et pour toute la famille, aussi bien que pour le coupable. Il en est de même de l'adultère; non que la peine soit aussi grave, mais dans nos mœurs, le mari qui accuse sa femme d'adultère se couvre de honte et de ridicule. Ne serait-ce pas un bien si, dans des cas semblables, le divorce pouvait avoir lieu sans éclat et sans scandale? C'est pour obtenir ce résultat que les auteurs du code ont admis le divorce par consentement mutuel. Ils ont tracé un mode de consentement, dit Treilhard, prescrit des conditions, attaché des privations ; ils ont vendu enfin, s'il est permis de le dire, si chèrement le divorce, qu'il ne puisse y avoir que ceux à qui il est absolument nécessaire qui soient tentés de l'acheter (1).

274. Le divorce par consentement mutuel trouva beaucoup de contradicteurs au sein du conseil d'Etat. Napoléon le défendit avec insistance. Il avoue que les seules causes qui légitiment le divorce sont celles que le code admet comme causes déterminées. Mais quel malheur ne serait-ce pas de se voir forcé à les exposer, et à révéler jusqu'aux détails les plus intimes et les plus secrets de l'intérieur de son ménage! Dans le système du code, ajoutait le premier consul, le consentement mutuel n'est pas la *cause* du divorce, mais un *signe* que le divorce est devenu nécessaire. Ainsi le tribunal prononcera le divorce, non *parce qu'il* y aura consentement mutuel, mais *quand* il y aura consentement mutuel; il s'arrêtera à ce signe et n'ira pas jusqu'aux causes réelles qui peuvent avoir amené la rupture entre les époux.

Les partisans du consentement mutuel supposaient que rarement il y aurait une demande en divorce fondée sur l'adultère. Il faudrait pour cela, dit Réal, que l'homme eût perdu toute honte. Qu'arriverait-il donc si l'on repoussait le divorce par consentement mutuel? Ce serait refuser l'usage du divorce à la presque totalité des citoyens; et cependant le divorce est un droit dès qu'il y a une cause

(1) Treilhard, Exposé des motifs, n° 21 (Locré, t. II, p. 567).
(2) Séance du conseil d'Etat du 14 vendémiaire an x, n° 24 (Locré, t. II, p. 470) et n° 25, p. 476.

aussi légitime que l'adultère. En ce sens, le divorce par consentement mutuel est le complément nécessaire du divorce pour cause déterminée. Si celui-ci est légitime, l'autre est une nécessité (1).

275. Si la réalité répondait à la théorie, nous pourrions nous arrêter ici : le divorce par consentement mutuel serait justifié. Mais les faits n'ont guère répondu aux prévisions du législateur. Les accusations les plus scandaleuses d'adultère, des plaintes plus honteuses encore, ont retenti devant les tribunaux et au grand jour de la publicité. On ne redoute donc pas le scandale, il serait plus vrai de dire qu'on le cherche. La passion de la vengeance l'emporte sur la honte. Qu'est-ce donc que les divorces par consentement mutuel? Ils se font sans qu'il y ait une cause déterminée de divorce, dans le sens légal; la seule et vraie cause qui engage les époux à divorcer, c'est une incompatibilité réciproque d'humeur. On ne peut pas même dire qu'en rompant leur union par la seule raison que la vie commune leur pèse, ils violent l'esprit de la loi, sinon le texte; la cause d'incompatibilité est réellement écrite dans la loi, et elle condamne tout le système.

L'article 233 porte : « Le consentement mutuel et persévérant des époux, exprimé de la manière prescrite par la loi, prouvera suffisamment que *la vie commune leur est insupportable.* » Pourquoi la vie commune leur est-elle insupportable? Est-ce parce qu'il y a une cause déterminée que les époux tiennent à cacher, des excès, un adultère, une de ces injures honteuses dont nous ne voulons pas souiller notre plume? On le prétend : c'est la doctrine du premier consul, c'est celle des hommes les plus éminents du conseil d'Etat. Mais examinons les conditions qui, dit-on, doivent révéler qu'il y a une cause péremptoire de divorce. Le mari doit avoir vingt-cinq ans, la femme vingt et un. Ne peut-il pas y avoir, avant cet âge, une cause légitime de divorce? l'adultère? les sévices? les excès

(1) Séance du conseil d'Etat du 24 vendémiaire an x, nº 25 (Locré, t. II, p. 497).

même? Pourquoi donc ne leur permet-on pas de rompre leur union? Il faut, répond Treilhard, laisser aux époux le temps de *se connaître* et de *s'éprouver;* on ne doit pas recevoir leur consentement tant qu'on peut supposer qu'il est une suite de la *légèreté de l'âge*. Nous le demandons : Qu'est-ce que la loi, qu'est-ce que ces motifs de la loi ont de commun avec une cause déterminée de divorce? La vraie cause indiquée par le texte et par l'esprit de la loi, c'est l'incompatibilité d'humeur. Treilhard a même prononcé le mot. Pourquoi le divorce n'est-il plus admis après vingt ans de mariage? Ne peut-il pas y avoir de cause déterminée de divorce après vingt ans? Qui oserait le soutenir? Pourquoi donc le législateur ne le permet-il pas? Parce que, dit l'orateur du gouvernement, la longue et paisible cohabitation des époux atteste *la compatibilité de leur caractère* (1). Donc c'est l'incompatibilité d'humeur que la loi consacre implicitement en admettant le divorce par consentement mutuel.

276. Au conseil d'Etat, on a avoué que l'incompatibilité d'humeur est une cause de divorce, dans le système du code (2), quand elle est réciproque. Qu'est-ce que cette incompatibilité d'humeur ou de caractère? C'est, à vrai dire, le consentement contraire qui vient rompre un contrat fait par le concours de volontés. Quand il y a une véritable incompatibilité d'humeur, dit Emmery, le mariage devient un supplice pour les deux époux; tous deux alors cherchent à s'en affranchir et le consentement mutuel a lieu. Emmery supposait qu'une cause déterminée avait produit cette incompatibilité d'humeur (3). Vaine supposition que démentent le texte même de la loi et les conditions qu'elle établit. Qui ne sait la mobilité des passions humaines, les froissements et les dégoûts qui résultent du manque d'indulgence? Voilà les vraies causes de l'incompatibilité d'humeur. Ce qui revient à dire, comme Tronchet l'a remarqué, que le divorce par consentement

(1) Treilhard, Exposé des motifs, n° 23 (Locré, t. II, p. 569).
(2) Voyez les observations de Regnier et d'Emmery, séance du 6 nivôse an x, n° 11 (Locré, t. II. p. 528).
(3) Séance du 16 vendémiaire an x, n° 13 (Locré, t. II, p. 485).

mutuel ruine la stabilité du mariage (1). En effet, c'est la consécration de la théorie funeste qui assimile le mariage à un contrat ordinaire et permet de le dissoudre, comme il s'est formé, par le seul consentement des parties contractantes. Sans doute, il y a des formalités et des conditions plus difficiles à remplir pour dissoudre le mariage que pour dissoudre un contrat ordinaire; mais il suffit, pour atteindre le but qu'ils ont en vue, que les époux aient une volonté persévérante. En ce sens, et Treilhard l'avoue, il n'y a qu'une différence de nom entre l'incompatibilité d'humeur et le consentement mutuel (2). Vainement dit-on que quand il y a incompatibilité d'humeur, il y a aussi des causes réelles de ce mécontentement réciproque, l'inconduite, les mauvais traitements, les injures. Rien ne garantit qu'il en soit ainsi; il dépend des époux, sans qu'il y ait aucune cause légitime de divorce, de rompre leur union : c'est l'observation du ministre de la justice, et elle condamne le système du code (3).

Nous aboutissons à cette conclusion que le divorce par consentement mutuel n'est pas, comme le voulait le premier consul, comme le voulait Portalis, une suite et une dépendance du divorce pour causes déterminées; cela peut être, mais cela peut aussi ne pas être; il peut n'y avoir d'autre cause que l'incompatibilité d'humeur, la légèreté de caractère, l'inconstance des affections humaines. C'est en définitive un divorce sans cause (4), et le divorce sans cause est un attentat au mariage, un attentat à l'ordre social. Nous espérons qu'il disparaîtra un jour de notre code.

§ II. *Des conditions.*

277. Le code Napoléon exige des conditions rigoureuses pour le divorce par consentement mutuel, et il

(1) Séance du 24 vendémiaire an x, nº 11 (Locré, t. II, p. 493).
(2) Exposé des motifs, nº 22 (Locré, t. II, p. 568).
(3) Séance du 16 vendémiaire an x, nº 12 (Locré, t. II, p. 483).
(4) C'est le mot de Boulay, séance du 24 vendémiaire an x, nº 25 (Locré, t. II, p. 499).

prescrit de nombreuses formalités, nous venons de dire dans quel but. Nous connaissons déjà la première condition et le motif que l'on en a donné : « Le consentement mutuel des époux, dit l'article 275, ne sera point admis si le mari a moins de vingt-cinq ans, ou si la femme est mineure de vingt et un ans. » Outre la raison alléguée par Treilhard, on peut ajouter que ce n'est qu'à cet âge que les époux auraient pu se marier sans le consentement de leurs ascendants ; il paraît donc juste de ne pas leur permettre de rompre un contrat, alors qu'ils n'auraient pas pu le former. Mais ce motif ne justifie pas plus la condition que l'autre, au point de vue de la théorie du code. Si l'on suppose qu'il y a une cause cachée qui légitime le divorce, peu importe l'âge des époux et leur incapacité.

Il en est de même de la seconde condition : « Le consentement mutuel ne sera admis qu'après deux ans de mariage (art. 276). » La troisième n'a pas plus de raison d'être dans le système des causes cachées : « Il ne pourra plus y avoir de divorce par consentement mutuel après vingt ans de mariage, ni lorsque la femme aura quarante-cinq ans (art. 277). » Le premier consul disait très-bien que le divorce par consentement mutuel ne devait être limité ni par la durée du mariage, ni par l'âge des époux. Que répondit Emmery? « L'*incompatibilité d'humeur* sera la *cause réelle* de ces sortes de divorces, et il n'est pas raisonnable de l'admettre après que les époux ont vécu pendant vingt ans en bonne intelligence. » Soit, mais alors il fallait inscrire dans la loi que le divorce avait lieu pour incompatibilité d'humeur. Et même, dans cette doctrine, on ne comprend pas pourquoi la femme âgée de plus de quarante-cinq ans ne pourrait pas divorcer. Cette condition n'a vraiment pas de raison d'être ; aussi fut-elle retranchée lors du premier vote (1) ; elle fut reproduite depuis, on ne sait pourquoi. Quand on consulte les discours prononcés devant le Corps législatif, on ne trouve que des phrases ; écoutons Gillet, l'orateur du Tribunat : « La loi dit aux époux : Ne dédaignez pas, dans la saison

(1) Séance du conseil d'Etat du 14 nivôse an x (Locré, t. II, p. 538, n° 16).

de l'automne, ce qui fit le charme de votre printemps. Où trouverez-vous ailleurs la même constance et de communs souvenirs? Ne rejetez pas le joug auquel vous êtes accoutumés (1). » Voilà bien ce que l'on peut appeler *verba et voces*, un vain son de paroles.

278. L'article 278 exige une quatrième condition; il porte que « dans aucun cas, le consentement mutuel des époux ne suffira, s'il n'est autorisé par leurs père et mère, ou par leurs autres ascendants vivants, suivant les règles prescrites par l'article 150 au titre *du Mariage*. » Treilhard a raison de dire que cette condition offre une garantie contre l'abus du divorce. « Lorsque deux familles entières, dont les intérêts et les affections sont presque toujours contraires, se réunissent pour attester la nécessité d'un divorce, il est bien difficile que le divorce ne soit pas en effet indispensable (2). » Ces paroles de l'Exposé des motifs nous font connaître l'esprit de la loi, et nous aideront à résoudre les difficultés auxquelles son application donne lieu.

La loi exige aussi le consentement des père et mère ou des ascendants pour la validité du mariage. Mais la différence est grande entre les principes qui régissent la formation du mariage et ceux qui règlent sa dissolution. S'agit-il de contracter mariage, les futurs époux n'ont besoin du consentement de leurs parents ou de leurs ascendants que s'ils sont mineurs, et ce consentement est surtout exigé pour couvrir leur incapacité; le fils majeur de vingt-cinq ans, la fille majeure de vingt et un ans peuvent se marier sans le consentement de leurs ascendants. Il en est tout autrement quand il s'agit de dissoudre le mariage. Ce n'est plus à raison de l'incapacité de leur âge que les époux doivent obtenir le consentement des ascendants, car ils sont majeurs, le divorce ne pouvant avoir lieu que si le mari a vingt-cinq ans et si la femme en a vingt et un. Si la loi veut que les deux familles interviennent, c'est pour avoir une garantie qu'il existe une cause sérieuse qui légitime la dissolution du mariage.

(1) Discours de Gillet, n° 13 (Locré, t. II, p. 603).
(2) Exposé des motifs, n° 23 (Locré, t. II, p. 569).

Le but différent que la loi a dans les deux hypothèses nous explique les principes différents qu'elle suit. Elle exige que les pères et mères des deux époux autorisent le divorce. Que faut-il décider s'il y a dissentiment entre le père et la mère de l'un des époux? Doit-on appliquer l'article 148, aux termes duquel le consentement du père suffit? La cour de Liége l'avait décidé ainsi, mais l'arrêt a été cassé sur le réquisitoire de Merlin (1). C'est une erreur évidente. L'article 278 exige l'autorisation des père et mère, et il n'ajoute pas, comme le fait l'article 148, qu'en cas de dissentiment, l'autorisation du père suffit. Cela décide déjà la question. On ne peut pas dire qu'il y a lieu d'appliquer par analogie la disposition de l'article 148 au cas du divorce, car il n'y a aucune analogie; il y a, au contraire, des différences profondes. Nous venons de les signaler; il faut en ajouter une, qui est capitale : c'est que la loi favorise le mariage, tandis qu'elle n'admet le divorce que comme une triste nécessité. Il y a plus : le divorce par consentement mutuel est encore plus défavorable que le divorce pour cause déterminée, parce qu'il peut cacher un divorce sans cause ; c'est pour empêcher ce grave abus que la loi exige le concours des ascendants des deux familles ; si la mère refuse d'autoriser le divorce, il faut croire qu'il n'y a pas de cause légitime; partant le divorce doit être repoussé.

Pour les aïeuls, il se présente une question analogue, mais qui est plus douteuse. Aux termes de l'article 150, s'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul, et s'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emporte consentement. Cette disposition doit-elle être appliquée en matière de divorce? On serait tenté de le croire en lisant, dans le texte de l'article 278, que les ascendants vivants doivent autoriser le divorce, suivant les *règles prescrites par l'article* 150 (2). Or, parmi ces règles se trouvent celles qui concernent le dissentiment, soit de l'aïeul et de l'aïeule,

(1) Arrêt du 3 octobre 1810 (Merlin, *Questions de droit*, au mot *Divorce*, § VII, t. V, p. 341).
(2) C'est l'opinion de M. Willequet, *du Divorce*, p. 196.

soit des deux lignes. L'opinion contraire prévaut néanmoins; elle se fonde sur les travaux préparatoires du code civil. La disposition primitive de l'article 150 était conçue comme suit : « Dans aucun cas, le consentement mutuel des époux ne suffira, s'il n'est autorisé par leurs pères ou mères ou par leurs autres ascendants vivants, si leurs pères et mères sont morts. Quand le projet fut soumis au Tribunat, la section de législation observa que cette rédaction était trop vague; car elle pouvait faire croire que s'il existait des bisaïeuls et des aïeuls, tous devaient autoriser le divorce. L'intention du législateur était de se contenter du consentement des plus proches. C'est pour mieux exprimer le but de la loi que le Tribunat proposa d'ajouter : « Cette autorisation sera obtenue conformément aux *règles* prescrites par l'article 7 (aujourd'hui 150) au titre du Mariage. » Le Tribunat eut soin de dire que cette addition avait pour objet de lever toute incertitude sur l'*ordre* dans lequel les parents doivent être appelés à consentir; il paraît convenable, dit-il, que cet *ordre* soit le même pour le divorce et pour le mariage, c'est-à-dire que l'aïeul et l'aïeule remplacent le père et la mère décédés, et que les bisaïeuls ne viennent qu'à défaut des aïeuls. Il résulte de là qu'en renvoyant aux *règles* établies par l'article 150, le Tribunat ne songeait qu'à l'*ordre* dans lequel les ascendants doivent autoriser le divorce; il n'a pas été question des principes qui régissent le dissentiment. Et on ne peut pas supposer que les auteurs du code aient appliqué au divorce des dispositions qui n'ont été admises qu'à raison de la faveur dont jouit le mariage (1). On peut ajouter que le texte des articles 278 et 283 confirme cette interprétation. En parlant des ascendants, la loi ajoute toujours le mot *vivants;* n'est-ce pas marquer que *tous ceux qui vivent* doivent consentir, de même que les père *et* mère doivent autoriser le divorce pour qu'il puisse avoir lieu? Dès qu'il y a un ascendant appelé à consentir qui refuse son autorisation, l'on doit supposer qu'il n'y a pas de cause grave qui justifie le divorce.

(1) Merlin, *Questions de droit,* au mot *Divorce,* § VII (t. V, p. 342).

Si l'un des ascendants appelés à consentir est mort, les époux doivent produire l'acte de décès. Sur ce point cependant le législateur se relâche de sa sévérité. L'article 283 porte : « Les pères, mères, aïeuls et aïeules des époux seront présumés vivants jusqu'à la représentation des actes constatant leur décès. » Il résulte de là que les bisaïeuls ne sont pas présumés vivants; les époux ne doivent donc pas produire les actes de leur décès; la chose eût été parfois impossible. Mais la loi revient à son système de rigueur, quand il s'agit du mode de prouver le décès. Elle exige des actes dressés par l'officier de l'état civil. S'il n'a pas été tenu de registre ou si les registres sont perdus, les époux peuvent invoquer le bénéfice de l'article 46 : c'est le droit commun, ce n'est pas une faveur. Mais ils ne peuvent pas se prévaloir de l'avis du conseil d'Etat du 4 thermidor an XIII, qui dispense les futurs époux de produire les actes de décès des père et mère quand les aïeuls attestent le décès, et qui se contente d'une attestation par serment quand tous les ascendants sont décédés. Ces dispositions ne peuvent pas s'appliquer au divorce, par cela seul qu'elles n'ont été introduites qu'à raison de la faveur que mérite le mariage.

L'article 283 ajoute une rigueur nouvelle en prescrivant que les ascendants donnent leur autorisation dans une déclaration authentique; et le législateur prend soin de préciser ce que cette déclaration doit contenir : ils doivent dire que, pour des causes à eux connues, ils autorisent tel ou telle, leur fils ou fille, petit-fils ou petite-fille, marié ou mariée à tel ou telle, à demander le divorce et à y consentir. Tout est de rigueur en cette matière. Donc une autorisation verbale reçue par le juge serait insuffisante, de même qu'une déclaration qui ne contiendrait pas les déclarations prescrites par la loi.

Enfin, la loi ne se contente pas du consentement une fois donné, comme en matière de mariage. Elle veut que les époux renouvellent trois fois leur propre consentement; et aussi souvent qu'eux sont obligés de déclarer qu'ils persistent dans leur déclaration, ils doivent aussi rapporter la preuve par acte public que leurs pères, mères ou autres

ascendants vivants persistent dans leur première détermination (art. 285). On demanda au conseil d'Etat quel était le but de ces consentements répétés ; Emmery répondit que la formalité donnait aux ascendants le moyen de revenir sur un consentement ou surpris, ou trop facilement accordé (1).

§ III. *Des mesures préliminaires.*

279. Les époux, dit l'article 279, sont tenus de faire préalablement inventaire et estimation de tous leurs biens meubles et immeubles. Cette obligation a pour but d'assurer l'exécution fidèle de l'article 305, qui attribue aux enfants la propriété de la moitié des biens de chacun des deux époux, du jour de leur première déclaration. Comme l'inventaire se fait dans l'intérêt des enfants, on en a conclu qu'ils y pouvaient intervenir, soit personnellement s'ils sont majeurs, soit par un tuteur spécial qui serait nommé aux enfants mineurs (2). Cela nous paraît très-douteux. La loi ne donne pas ce droit aux enfants, et n'impose par conséquent pas aux époux l'obligation de les appeler à l'inventaire. Or, en cette matière, tout est de rigueur ; si les prescriptions de la loi doivent être observées à la lettre, par contre il n'est pas permis à l'interprète d'y ajouter. Le législateur avait d'ailleurs une excellente raison pour ne pas exiger la présence des enfants. Ne serait-il pas odieux que des enfants vinssent contrôler les actes déjà si sévères que leurs parents sont tenus d'accomplir? La loi ne veut pas que les enfants soient témoins contre leurs père et mère, pas même en cas de divorce. Il ne faut pas non plus qu'ils jouent le rôle de surveillants. Le respect qu'ils doivent à leurs parents les éloigne de la triste procédure où les auteurs de leurs jours sont engagés.

280. L'article 279 veut encore que les époux règlent

(1) Séance du conseil d'Etat du 22 fructidor an x, n° 14 (Locré, t. II, p. 548).

(2) Willequet, *du Divorce*, p. 201, n° 5. Arntz, *Cours de droit civil français*, t. I[er], p. 254, n° 451.

leurs droits respectifs, sur lesquels, ajoute la loi, il leur est néanmoins permis de transiger. Ce règlement doit se faire sans intervention du tribunal. Il suit de là que la femme n'a pas besoin d'être autorisée par justice à transiger. D'ailleurs, le mari, intervenant dans l'acte comme partie, l'autorise par cela même. C'est l'application des principes généraux sur l'autorisation maritale (1). Si les époux n'étaient pas d'accord, le divorce ne pourrait pas avoir lieu. Tout doit se faire par le concours de leurs volontés.

281. Enfin l'article 280 veut que les époux constatent par écrit leurs conventions sur les trois points qui suivent : 1° à qui les enfants nés de leur union seront confiés, soit pendant le temps des épreuves, soit après le divorce prononcé ; 2° dans quelle maison la femme devra se retirer et résider pendant le temps des épreuves ; 3° quelle somme le mari devra payer à sa femme pendant le même temps, si elle n'a pas des revenus suffisants pour fournir à ses besoins.

La plupart de ces mesures sont provisoires. Dans la procédure en divorce pour cause déterminée, c'est le tribunal qui les ordonne. Quand les époux divorcent par consentement mutuel, tout doit se faire par leur libre accord. Il n'y a qu'une mesure qui soit définitive, celle qui concerne la garde des enfants ; nous y reviendrons en traitant des effets du divorce.

La loi exige que les conventions des époux soient constatées par écrit, mais elle ne dit pas que les écrits doivent être authentiques ; les époux peuvent donc dresser des actes sous seing privé ; ces actes acquièrent un caractère d'authenticité par le dépôt que les époux en doivent faire, paraissant en personne, entre les mains du président du tribunal et des notaires dont nous allons parler (art. 283) (2).

(1) Voyez, plus haut, nos 121 et 134, p. 157 et 170.
(2) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 509.

§ IV. *De la procédure.*

282. La procédure commence par une tentative de conciliation, tentative à peu près inutile, puisque le magistrat conciliateur ignore la vraie cause du divorce que les époux demandent. Ceux-ci doivent se présenter ensemble et en personne devant le président du tribunal civil de leur arrondissement ; ils lui font la déclaration de leur volonté en présence de deux notaires amenés par eux (art. 281). Le juge fait aux deux époux réunis, et à chacun en particulier, en présence des deux notaires, telles représentations et exhortations qu'il juge convenables. Il leur donne lecture du chapitre IV du titre du Divorce, qui règle les effets du divorce, et leur développe toutes les conséquences de leur démarche. Si les époux persistent dans leur résolution, le président leur donne acte de ce qu'ils demandent le divorce et y consentent mutuellement. Les époux doivent immédiatement déposer entre les mains des notaires les actes prescrits par les articles 279 et 280 (n°s 279-281); de plus : 1° les actes de leur naissance et celui de leur mariage ; 2° les actes de naissance et de décès de tous les enfants nés de leur union ; 3° l'autorisation des ascendants dont nous avons parlé (art. 283, et plus haut, n° 278). La production de ces actes est requise afin que le tribunal appelé à admettre le divorce puisse s'assurer si les conditions prescrites par la loi ont été remplies.

Les notaires dressent procès-verbal détaillé de tout ce qui a été dit et fait dans cette première comparution devant le président. Il doit y être fait mention de l'avertissement que le magistrat donne à la femme de se retirer, dans les vingt-quatre heures, dans la maison convenue entre elle et son mari, et d'y résider jusqu'au divorce prononcé (art. 284).

Cette tentative de réconciliation doit être renouvelée trois fois, dans la première quinzaine de chacun des quatrième, septième et dixième mois qui suivent. Les mêmes formalités doivent être observées. Toutefois, la loi dispense les époux de reproduire les actes qui lors de la

première comparution, ont été déposés entre les mains des notaires; elle fait exception pour les actes qui constatent le consentement des ascendants; nous en avons dit la raison (art. 285).

283. La loi prescrit encore une dernière tentative de réconciliation. Dans la quinzaine du jour où sera révolue l'année à compter de la première déclaration, les époux, assistés chacun de deux amis, personnes notables dans l'arrondissement (1), âgés de cinquante ans au moins, se présentent ensemble et en personne devant le président du tribunal. Ils lui remettent les expéditions des quatre procès-verbaux constatant leur consentement mutuel, et de tous les actes qui y ont été annexés. Puis ils requièrent du magistrat, chacun séparément, en présence néanmoins l'un de l'autre et des quatre notables, l'admission du divorce (art. 286).

A ce moment intervient la tentative de réconciliation. Le juge et les assistants, dit l'article 287, font leurs observations aux époux. Par assistants, il faut entendre les quatre notables, qui représentent en quelque sorte la société et qui, au nom de la société, cherchent à prévenir la dissolution du mariage. Si les époux persévèrent, il leur est donné acte de leur réquisition et de la remise, par eux faite, des pièces à l'appui. Le greffier dresse procès-verbal, les parties le doivent signer, ainsi que les quatre assistants, le juge et le greffier. Le juge met de suite, au bas de ce procès-verbal, son ordonnance portant que dans les trois jours il sera par lui référé du tout au tribunal en la chambre du conseil. Le greffier communique les pièces au procureur du roi, lequel prend ses conclusions par écrit. S'il trouve que les conditions requises par la loi ont été remplies, que toutes les formalités ont été observées, il conclura en ces termes : *la loi permet;* dans le cas contraire, il dira : *la loi empêche.* L'article 289 répète sommairement les conditions et les formes que la loi prescrit,

(1) Lors de la publication du code civil, il y avait des *notables* constitutionnels (constitution de l'an VIII, art. 7-14). Il faut entendre aujourd'hui par *notables* des personnes de la commune, distinguées par leur probité et leur état (Maleville, *Analyse raisonnée,* t. I[er], p. 292).

et l'article ajoute que la preuve de leur accomplissement doit résulter des pièces. On ne voit pas que les parties soient appelées à faire leurs observations sur les conclusions du ministère public, ni par elles ni par des conseils. En effet, il n'y a pas de procès, pas de débat judiciaire. C'est le consentement des parties, dit l'article 233, exprimé de la manière voulue par la loi, sous les conditions et après les épreuves qu'elle détermine, qui dissout le mariage. Le procureur du roi vérifie simplement les pièces et il donne ses conclusions sans les motiver. Il n'y a donc pas de débat possible (art. 289). Le tribunal aussi se borne à vérifier si les conditions et les formes légales ont été remplies; il doit admettre le divorce dès que la procédure est régulière, il n'a pas mission d'examiner s'il y a ou non une cause de divorce : la cause est présumée exister dès que les conditions et les formes ont été régulièrement observées. S'il admet le divorce, il ne doit pas même motiver sa décision; la loi n'exige de motifs que lorsque le tribunal déclare qu'il n'y a pas lieu d'admettre le divorce (art. 290).

284. Ici se présente la question capitale en cette matière : Quand le tribunal doit-il rejeter le divorce? L'article 290 répond : Si les parties n'ont pas satisfait aux conditions et si elles n'ont pas rempli les formalités déterminées par la loi. Toutes les conditions, toutes les formes sont donc prescrites sous peine de nullité. Ce principe rigoureux est en harmonie avec l'esprit de la loi; comme le dit la cour de cassation, « l'intention évidente du législateur a été de hérisser de difficultés le divorce par consentement mutuel, pour le rendre le plus rare possible; il est donc nécessairement dans son vœu que toutes les formalités qu'il a prescrites, comme toutes les conditions qu'il a imposées, soient exécutées à la rigueur. » D'où suit que l'inobservation d'une seule de ces formalités ou de ces conditions, quelle qu'elle soit, suffit pour entraîner la nullité du divorce (1).

(1) Arrêt du 3 octobre 1810 (Merlin, *Questions de droit*, au mot *Divorce*, § VII, t. V, p. 346).

La cour de cassation a appliqué ce principe avec une rigueur extrême; mais, il faut le dire, cette rigueur est dans le vœu de la loi. Aux termes de l'article 285, la déclaration des époux doit être renouvelée à des époques fixes, dans la première quinzaine de chacun des quatrième, septième et dixième mois. Est-elle faite plus tôt, ne fût-ce qu'un jour, il y a nullité; est-elle faite plus tard, ne fût-ce encore qu'un jour, il y a nullité; de sorte que, lors même que la déclaration est renouvelée, il y a nullité par cela seul que le renouvellement ne s'est pas fait dans les délais prescrits par la loi. La cour de cassation prévoit qu'on lui reprochera d'être formaliste jusqu'à l'absurde; elle répond d'avance à ce reproche en disant qu'il n'est qu'un moyen d'exécuter la loi selon son esprit, dans une matière aussi rigoureuse, c'est de s'attacher strictement et sévèrement à la lettre même de sa disposition. Cela est très-juridique; mais cela ne prouve-t-il pas contre le divorce par consentement mutuel? Quoi! parce que la déclaration est faite demain au lieu de l'être aujourd'hui, il n'y aura pas de cause légitime de divorce! Et il y aura cause légitime si toutes les formes ont été régulièrement observées! Voilà certes des présomptions auxquelles les faits donneront le plus souvent un démenti. Et c'est cependant la seule base sur laquelle repose la loi!

La jurisprudence a suivi, et avec raison, le système rigoureux inauguré par la cour de cassation en 1810. Lors du renouvellement de leur déclaration, les époux doivent chaque fois rapporter la preuve par acte public que leurs ascendants persistent dans leur première détermination (art. 285). Vainement produiraient-ils l'autorisation devant le tribunal, la procédure est nulle par cela seul que la production du consentement des ascendants n'a pas eu lieu aux époques prescrites par la loi. Ainsi jugé par la cour de Bruxelles (1). Dans l'espèce, il était authentiquement constaté que les ascendants avaient toujours persévéré dans leur consentement, et néanmoins la procédure a été annulée, parce que la preuve de leur persévérance

(1) Arrêt de Bruxelles du 2 août 1858 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 405).

n'avait pas été produite alors qu'elle aurait dû l'être. Très-juridique, mais aussi souverainement absurde! Les lois sont mauvaises quand elles aboutissent à l'absurdité dans l'application.

Les époux n'ont pas fait d'inventaire comme le veut l'article 279, mais ils ont fait un acte de partage de leur communauté. Quand même cet acte comprendrait tous les meubles et les immeubles de la communauté, il ne tiendrait pas lieu de l'inventaire; par suite, la procédure sera nulle (1). En effet, l'acte de partage lui-même est nul, les époux ne pouvant pas partager la communauté avant la dissolution du mariage.

Nous ne connaissons qu'un arrêt qui se soit écarté de la rigueur de la loi. L'article 283 veut que, lors de la première comparution devant le président, les époux, après avoir déclaré qu'ils persistent dans leur résolution, produisent et déposent *à l'instant* les actes de décès de leurs ascendants. Il a été jugé que si cette production se fait postérieurement, cela suffit pour satisfaire au vœu de la loi. En raison, oui; en droit, non. La cour de Liége dit que c'est créer une nullité que la loi ne prononce pas (2). Du tout; la loi prononce implicitement la nullité pour inobservation de toutes les formes, ainsi que le dit très-bien la cour de cassation de France, quand même ces formes ne seraient que des délais.

285. La loi admet l'appel du jugement qui a rejeté le divorce. C'est le droit commun. Mais il y a ceci de spécial, que l'appel n'est recevable que s'il est interjeté par les deux époux. Cela est très-logique puisque le divorce ne peut avoir lieu que par concours de consentement. Si donc il y a lieu à appel, les deux parties doivent être d'accord pour demander le divorce. Chacune doit le faire par acte séparé, sans doute pour sauvegarder la liberté des époux. Le délai est plus court que le délai ordinaire; dans les dix jours au plus tôt, dit l'article 291,

(1) Arrêt précité (nº 284, p. 325) de la cour de cassation du 3 octobre 1810.
(2) Arrêt du 3 octobre 1834 (*Jurisprudence du* XIXe *siècle*, 1835, 3, 49). Il y a un arrêt en sens contraire de Turin du 20 septembre 1810 (Arntz, *Cours de droit civil*, t. Ier, p. 238, nº 459).

et dans les vingt jours au plus tard de la date du jugement de première instance. Les actes d'appel doivent être signifiés tant à l'autre époux qu'au procureur du roi (art. 292). Celui-ci communique le dossier au procureur général. Après les conclusions par écrit du ministère public, le président fait son rapport en la chambre du conseil, puis la cour rend son arrêt (art. 293).

Le code civil ne parle pas du recours en cassation; mais comme il est de droit commun, il faut l'admettre par cela seul que la loi ne le prohibe pas. Il est vrai que l'article 263 consacre formellement cette voie de recours, quand le divorce a lieu pour cause déterminée. C'est le Tribunat qui demanda que le recours en cassation fût consacré en termes formels, afin d'éviter le doute qui aurait pu naître du silence de la loi dans une matière toute spéciale. L'observation du Tribunat se rapportait à tout jugement rendu en dernier ressort sur une demande en divorce, sans distinguer entre le divorce par consentement mutuel et le divorce pour cause déterminée (1). En effet, il n'y a aucune raison de distinguer. Le conseil d'Etat fit droit à la proposition du Tribunat; mais on oublia de reproduire, pour le divorce par consentement mutuel, la disposition de l'article 263. Cet oubli ne signifie certes pas que l'on doive rejeter une voie de recours que le législateur a entendu admettre. Par analogie, il faut décider que les deux époux doivent former le recours pour qu'il soit recevable. La loi ne prescrivant pas de délai spécial, on reste sous l'empire du droit commun (2).

286. Ce n'est pas le juge qui prononce le divorce. L'article 290 dit que le tribunal, s'il admet le divorce, renvoie les parties devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer. Cet article ne parle pas du délai dans lequel le jugement doit être exécuté. La loi y revient, après avoir parlé de l'appel. « En vertu de l'arrêt qui admet le divorce, dit l'article 294, et dans les vingt jours de sa date, les parties se présenteront ensemble et en per-

(1) Observations du Tribunat, n° 10 (Locré, t. II, p. 555).
(2) Willequet, *du Divorce*, p. 221 et suiv.

sonne devant l'officier de l'état civil, pour faire prononcer le divorce. Ce délai passé, le jugement demeurera comme non avenu. » La loi parle de l'arrêt, mais il faut évidemment y comprendre le jugement de première instance. L'officier de l'état civil dresse acte du divorce. Il est rendu public, si l'un des époux est commerçant (code de procédure, art. 872).

CHAPITRE III.

DES EFFETS DU DIVORCE.

SECTION I. — Principes généraux.

287. Le divorce est la dissolution du mariage. Donc du moment que le divorce est prononcé, le mariage cesse d'exister avec tous les effets que la loi ou les conventions matrimoniales lui donnent. C'est la loi qui règle les rapports des époux, leurs droits et leurs obligations. Ces droits et ces obligations cessent après le divorce. Il n'y a plus d'époux; donc la femme n'a plus le droit de porter le nom de celui qui fut son mari. Il n'y a plus de puissance maritale; la femme reprend sa pleine et entière capacité juridique. Il ne peut plus être question de devoirs de fidélité, de secours, d'assistance. Si l'un des époux divorcés venait à mourir, l'autre ne lui succéderait pas, car ils ne sont plus époux. Les conventions matrimoniales sont également dissoutes. Si les époux étaient communs en biens, la communauté se partage, comme en cas de mort. Si les époux s'étaient mariés sous un autre régime, ce régime cesse aussi de produire ses effets; la femme reprend ses biens, le mari n'y a plus aucun droit.

Faut-il conclure de là que le mariage est considéré comme s'il n'avait jamais existé? Non. Le mariage est

dissous, il n'est pas annulé. Quand le mariage est annulé, c'est à raison d'un vice radical qui l'infecte, vice à raison duquel il ne pouvait être contracté, vice, par conséquent, qui empêche le mariage de produire aucun effet. Le divorce implique au contraire un mariage valable, et devant produire ses effets, puisque l'un des époux se plaint que les obligations qui en résultent ont été violées à son préjudice. De là suit que le mariage n'est pas dissous rétroactivement. Il a existé valablement jusqu'au moment où l'officier de l'état civil en prononce la dissolution; donc jusqu'à ce moment il produit ses effets, et si ces effets sont de nature à se perpétuer malgré la dissolution du mariage, ils subsisteront après le divorce. Des enfants sont nés du mariage; le fait de leur conception pendant le mariage leur a donné la légitimité, le divorce ne peut la leur enlever; ils conservent donc tous les droits des enfants légitimes contre leurs parents divorcés, le droit d'éducation, le droit aux aliments, le droit de succession. Par la même raison, les parents divorcés conservent la puissance paternelle sur leurs enfants, car ils ne cessent pas d'être père et mère; or, la puissance paternelle dérive de la paternité et de la maternité; à vrai dire, c'est un devoir de protection établi en faveur des enfants, plutôt qu'un droit appartenant aux parents, et il n'y a certes pas de raison pour que le divorce dégage les père et mère d'un devoir. Toutefois le divorce modifie, à certains égards, l'exercice de la puissance paternelle et les droits qui en résultent sur les biens des enfants.

De même, le divorce n'abolit pas les empêchements au mariage qui sont résultés du mariage dissous. Pour les empêchements fondés sur la parenté, la chose est évidente, car le divorce ne rompt pas les liens du sang. Il faut appliquer le même principe aux empêchements fondés sur l'alliance : les beaux-frères et belles-sœurs ne pourront pas se marier. Vainement dirait-on que le mariage étant dissous, il n'y a plus ni beaux-frères ni belles-sœurs. Il est vrai qu'il n'y a plus d'alliance; mais l'alliance qui a existé a produit un effet qui tient à la moralité publique et qui se perpétue. S'il s'agissait de nouveaux effets que

l'alliance devrait produire après le divorce, alors on appliquerait le principe que, la cause cessant, les effets doivent cesser : telle serait l'obligation alimentaire. Mais le principe ne reçoit pas son application aux effets déjà produits (1).

288. Nous avons supposé que le mariage est dissous à partir de la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil. Zachariæ enseigne que cette prononciation rétroagit au jour du jugement. Il prétend que le jugement prononce le divorce sous condition suspensive; la déclaration de l'officier public n'est que l'exécution du jugement qui admet le divorce. Cela est contraire aux textes et aux principes. Les articles 264, 290 et 294 disent de la manière la plus formelle que le tribunal renvoie les époux devant l'officier de l'état civil pour faire prononcer le divorce; jusqu'à ce moment donc, le mariage subsiste. Il ne peut pas être question d'une condition suspensive; car il n'y a d'autres conditions que celles qui sont stipulées par les parties ou sous-entendues par la loi. En matière de divorce, les parties ne peuvent rien stipuler, puisque le mariage est d'ordre public. Il faudrait donc que la condition fût écrite dans la loi. Or, le législateur s'est bien gardé d'établir une condition ; un état conditionnel, c'est-à-dire incertain, ne se conçoit pas en cette matière ; le mariage ne peut pas plus se dissoudre sous condition qu'il ne peut se contracter sous condition. Par la même raison, on ne peut appliquer au jugement qui admet le divorce le principe que tout jugement rétroagit au jour de la demande ; d'abord parce que ce n'est pas le jugement qui prononce le divorce ; puis le principe de la rétroactivité des jugements suppose que le juge ne fait que déclarer des droits préexistants, droits pécuniaires qui sont déjà dans le patrimoine du demandeur, tandis que le divorce vient détruire un état et en créer un nouveau.

289. Un des effets les plus considérables du divorce, c'est que les époux divorcés peuvent contracter un nouveau mariage. C'est à raison de cette liberté de se rema-

(1) Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. Ier, p. 268, § 147.

rier que les auteurs du code ont préféré le divorce à la séparation de corps (1). Toutefois le droit de contracter une nouvelle union reçoit des restrictions, qui diffèrent d'après les causes de divorce; nous les exposerons plus loin. L'une de ces restrictions s'applique à tout divorce, pour quelque cause qu'il soit prononcé; les époux divorcés, dit l'article 295, ne pourront plus se réunir. Les auteurs du code ont emprunté cette disposition à Montesquieu qui l'a trouvée dans les lois du Mexique; il dit que la loi qui défend aux époux de se réunir entre mieux dans les vues de l'indissolubilité du mariage que la loi qui le leur permet (2). Treilhard développe cette pensée dans l'Exposé des motifs : « Le divorce ne doit être prononcé que sur la preuve d'une nécessité absolue, et lorsqu'il est bien démontré à la justice que l'union entre les deux époux est impossible : cette impossibilité une fois constante, la réunion ne pourrait être qu'une occasion nouvelle de scandale. Il importe que les époux soient d'avance pénétrés de toute la gravité de l'action qu'ils vont intenter, qu'ils n'ignorent pas que le lien sera rompu sans retour, et qu'ils ne puissent pas regarder l'usage du divorce comme une simple occasion de se soumettre à des épreuves passagères, pour reprendre ensuite la vie commune, quand ils se croiraient suffisamment corrigés. »

La disposition fut vivement combattue au sein du conseil d'Etat. Nous croyons que les opposants avaient raison contre Montesquieu. Si les époux sont libres de contracter un nouveau mariage, pourquoi n'auraient-ils pas cette liberté entre eux, c'est-à-dire entre personnes qui doivent naturellement se préférer? Si le divorce est nécessaire, il n'en est pas moins un scandale; on doit donc désirer que le mariage, destiné à durer toujours, reprenne sa perpétuité. On craint de nouveaux désordres. Nous répondons que le désordre peut aussi se produire et s'est produit dans les unions nouvelles que le code permet aux époux divorcés. Par contre, il peut y avoir repentir :

(1) Treilhard, Exposé des motifs, n° 33 (Locré, t. II, p. 572).
(2) Montesquieu, *de l'Esprit des lois,* XVI, 15.

pourquoi ne pas lui laisser une porte ouverte? Vainement Portalis dit-il que c'est par respect pour le mariage qu'il faut défendre aux époux de se réunir, afin qu'ils ne se jouent pas du divorce comme ils se sont joués du mariage, afin qu'ils ne divorcent pas légèrement et avec l'arrière-pensée de se réunir. Nous répondrons avec Bérenger qu'il n'y a pas à craindre que l'on divorce par légèreté ou par calcul; ceux qui divorcent le font dans un esprit de perpétuité aussi bien que ceux qui se marient; si, malgré cela, on permet aux époux de se désunir, pourquoi ne leur permettrait-on pas de se réunir? Dire, comme Treilhard, que les époux, au moment où ils divorcent, pourraient spéculer en quelque sorte sur leur réunion, c'est ne pas tenir compte des passions qui provoquent le divorce (1). Non, au moment où ils rompent leur mariage, les époux pensent certes que ce sera pour toujours; c'est pour cela qu'ils demandent le divorce, au lieu de se contenter de la séparation de corps. Mais si le repentir les corrige, s'ils ont pitié de la triste condition de leurs enfants, pourquoi ne pas permettre une réunion qui est dans le vœu de la nature et dans l'intérêt de la société?

SECTION II. — Des effets du divorce quant aux époux.

§ I[er]. *Du divorce pour cause déterminée.*

290. Il résulte du divorce pour cause déterminée deux empêchements au mariage. La femme divorcée ne peut se remarier que dix mois après le divorce prononcé (art. 296). C'est une disposition analogue à celle de l'article 218 et fondée sur les mêmes motifs. Quand le divorce est prononcé pour cause d'adultère, l'époux coupable ne peut jamais se marier avec son complice (art. 298). Rien de plus moral que cet empêchement; malheureusement il est, comme tous les empêchements naissant du divorce, sim-

(1) Séance du conseil d'Etat du 16 nivôse an x (Locré, t. II, p. 540-542, n° 3)

plement prohibitif. Si donc le mariage était célébré, il subsisterait, au mépris de la moralité publique (1).

291. Aux termes de l'article 298, la femme adultère sera condamnée par le même jugement qui admet le divorce, et sur la réquisition du ministère public, à un emprisonnement de trois mois à deux années. L'article 308 contient une disposition analogue pour la séparation de corps. C'est une exception au principe qui sépare la juridiction civile de la juridiction criminelle. Les tribunaux civils ne prononcent pas de peines. Pourquoi donc le code Napoléon veut-il que la femme adultère soit condamnée à la prison par le tribunal civil? Il y a une raison historique qui explique cette anomalie. La législation intermédiaire ne punissait pas l'adultère; c'était une erreur que les auteurs du code eurent hâte de réparer; ils insérèrent en conséquence une disposition pénale dans le code civil, et considérant la peine comme un accessoire de la demande en divorce, ils donnèrent au tribunal civil saisi de la contestation principale le droit de prononcer la peine comminée contre la femme adultère (2).

Pour que le tribunal civil puisse condamner la femme, il faut deux conditions : d'abord la réquisition du ministère public, le tribunal n'étant saisi que par cette réquisition : il faut, de plus, que le ministère public requière la peine avant le jugement sur le divorce, car la loi veut que la peine soit prononcée par le même jugement. Si donc le ministère public faisait sa réquisition après le jugement, il n'y pourrait pas être fait droit (3). Il va sans dire que le tribunal civil ne peut pas condamner le mari adultère; sa compétence, étant une dérogation au droit commun, doit être restreinte dans les limites précises de la loi.

La combinaison du code civil et du code pénal donne lieu à de sérieuses difficultés. On demande d'abord si les articles 298 et 308 n'ont pas été abrogés par le code pénal. Il y a un motif de douter. Ces dispositions ont été

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 478, n° 366.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 483, n° 381.
(3) Arrêt de Rouen du 14 mai 1829 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 280).

portées parce que, lors de la publication du code civil, l'adultère n'était pas puni; depuis lors, est intervenu le code pénal de 1810, qui contient un système complet sur la punition de l'adultère. N'en faut-il pas conclure que les dispositions du code Napoléon sont transitoires et, comme telles, abrogées par le code pénal? La cour de Liége l'avait décidé ainsi par un arrêt du 6 mars 1819; mais elle est revenue de cette erreur, car erreur il y a. En effet, le code civil ne se borne pas à prononcer une peine contre la femme adultère; il attribue de plus compétence au tribunal saisi de la demande en divorce; cette dernière disposition n'a rien de transitoire; elle est définitive et elle n'est certes pas abrogée par le code pénal, car une loi générale ne déroge pas à une loi spéciale (1).

Il y a un autre conflit entre la loi pénale et la loi civile. L'article 336 du pénal porte : « L'adultère de la femme ne peut être dénoncé que par le mari. » Il est vrai que l'adultère est un délit public, en ce sens qu'il porte atteinte à la sainteté du mariage que la loi doit protéger et garantir; mais, comme l'a dit l'orateur du gouvernement en 1810, sous d'autres rapports, c'est moins un délit contre la société que contre l'époux, qu'il blesse dans son amour-propre, dans son honneur et son affection. Donc, sans plainte du mari, il ne peut pas y avoir de condamnation contre la femme. Ce principe s'applique-t-il à la condamnation que les tribunaux civils prononcent en vertu des articles 298 et 308? c'est-à-dire, faut-il, que le mari fasse une dénonciation formelle pour que le ministère public puisse requérir la peine de l'emprisonnement contre la femme? Non ; la disposition de l'article 298 est spéciale et ne comporte pas l'application des principes du droit criminel sur la dénonciation ou la plainte. L'action en divorce est une action civile, et devant les tribunaux civils il ne peut pas être question de plainte ni de dénonciation. Tout ce que le code Napoléon exige, c'est que le jugement admette le divorce pour cause d'adultère, ce qui suppose naturellement que le mari a demandé le divorce pour adultère de la

(1) Arrêt de Liége du 29 mars 1847 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 260).

femme. Il n'est pas nécessaire que le mari dénonce en outre l'adultère. On peut dire qu'il le dénonce implicitement en demandant le divorce pour cause d'adultère. Cela suffit pour que le ministère public ait le droit et le devoir de requérir la peine (1).

La disposition de l'article 298 est abrogée par le code pénal belge, qui porte, article 390 : « La poursuite *ou la condamnation* pour adultère ne pourra avoir lieu que sur la *plainte* de l'époux qui se prétendra offensé. » Les mots *ou la condamnation* impliquent que la simple action en divorce ne suffit pas pour que le ministère public puisse requérir la condamnation de la femme, il faut une *plainte* (2).

D'après le code pénal de 1810 (art. 336), le mari convaincu d'avoir entretenu une concubine dans la maison commune n'était pas admis à dénoncer l'adultère de la femme. De là la question de savoir si cette disposition s'applique dans le cas de l'article 298. Nous la laissons de côté, puisqu'elle ne peut plus se présenter, d'après le nouveau code pénal belge.

Enfin il y a une difficulté concernant la prescription. L'action en divorce se prescrit par trente ans, tandis que le délit d'adultère se prescrit par trois ans. Si le mari agit en divorce, plus de trois ans après que le délit d'adultère a été commis, le ministère public peut-il encore requérir l'emprisonnement? Non, certes. Il y a deux actions bien distinctes, celle du mari qui tend uniquement au divorce, et celle du ministère public qui tend à l'application de la peine. La peine suppose un délit; quand l'action publique est prescrite, il n'y a plus de délit; il ne peut donc plus y avoir de condamnation pour délit (3).

§ II. *Du divorce par consentement mutuel.*

292. Ce divorce produit un empêchement spécial au

(1) Arrêts de Liége du 11 juillet 1833 et de Bruxelles du 10 juillet 1858 (*Pasicrisie*, 1833, 200, et 1859, 71).

(2) Haus, *Principes généraux du droit pénal belge*, p. 652.

(3) Arrêt de Besançon du 20 février 1860 (Dalloz, 1860, 2, 57). La question est très-bien traitée dans le réquisitoire du ministère public (*ibid.*, p. 55).

mariage; aux termes de l'article 297, aucun des deux époux ne peut contracter un nouveau mariage que trois ans après la prononciation du divorce. Quand les époux divorcent par consentement mutuel, il n'y a pas de cause connue qui légitime la dissolution du mariage. Le législateur suppose qu'il y a une cause cachée; mais il se peut aussi qu'il n'y en ait pas, et que les époux ou l'un d'eux n'aient demandé le divorce que pour satisfaire une passion coupable. En leur défendant de se remarier dans les trois ans, on écarte, dit Treilhard, la perspective d'une union avec l'objet de quelque passion nouvelle (2). Ecarter, c'est trop dire: on l'éloigne. C'est tout ce que le législateur pouvait faire. Du reste, l'empêchement est purement prohibitif.

SECTION III. — Des effets du divorce quant aux enfants.

§ I[er]. *Du divorce pour cause déterminée.*

N° 1. DROITS DES PARENTS.

293. L'article 302 porte : « Les enfants seront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce. » Tel est le principe, et la loi le formule en termes impératifs; elle suppose que l'époux innocent est plus digne de diriger l'éducation des enfants que l'époux qui a violé ses devoirs envers son conjoint. Mauvais époux ne veut pas toujours dire mauvais père. Toujours est-il qu'il y a une présomption contre le coupable; cela suffit pour que le législateur, dans l'intérêt des enfants, les confie au conjoint qui a obtenu le divorce. Mais la loi ne pose pas de règle absolue. L'article 302 ajoute : « Le tribunal, sur la demande de la famille ou du procureur impérial, peut ordonner, pour le plus grand avantage des enfants, que tous ou quelques-uns d'entre eux seront confiés aux soins, soit de l'autre époux, soit d'une tierce personne. » Il est donc de principe que le tribunal se décide d'après « le plus grand avantage des enfants. » Question de fait et de circonstances. Seulement

pour que le tribunal puisse déroger à la règle que l'article 302 pose d'abord, il faut qu'il y ait une demande de la famille ou du procureur du roi. Par famille, il faut entendre le conseil de famille; en effet, il n'y a que ce conseil qui représente les intérêts généraux de la famille (1). Si, ni le ministère public, ni la famille ne saisissent le tribunal d'une demande, le juge devra confier les enfants à l'époux qui a obtenu le divorce; il est lié par un texte impératif (2), et il ne peut pas ordonner ce qu'on ne lui demande pas.

294. L'application de l'article 301 donne lieu à une difficulté sur laquelle il y a controverse. On demande si l'époux contre lequel le divorce est prononcé perd la puissance paternelle. Nous sommes étonné de lire dans Zachariæ que cet époux est considéré comme mort; que, par suite, l'époux qui a obtenu le divorce prend la tutelle des enfants (3). Comment l'époux coupable serait-il considéré comme mort, alors que la loi permet de lui confier les enfants? Et s'il était mort, la loi pourrait-elle dire (art. 302) qu'il *conserve* le droit de surveiller leur entretien et leur éducation? S'il conserve le droit de surveillance, il ne l'a donc jamais perdu, et s'il ne l'a pas perdu, comment serait-il considéré comme mort? L'idée de tutelle est encore plus illogique, plus contraire à tout principe (4). La tutelle s'ouvre par la mort de l'un des époux; or, les deux époux vivent; il faudrait un texte plus que formel pour que l'époux coupable fût considéré comme mort, alors qu'en réalité il vit et que la loi lui reconnaît des droits sur l'éducation de ses enfants. Si l'époux à qui les enfants sont confiés exerçait la tutelle, il y aurait un subrogé tuteur; c'est lui qui surveillerait l'administration de la tutelle. Or, d'après l'article 302, l'époux coupable a le droit de surveiller l'entretien et l'éducation confiés à ce prétendu tuteur! Il y a plus. La loi permet de remettre les enfants

(1) Arrêt de Cologne du 29 mars 1843 (*Belgique judiciaire*, t. II, p. 285).
(2) Arrêt de Bruxelles du 10 mai 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 411).
(3) Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. Ier, p. 271 et note 12.
(4) C'est l'opinion de Delvincourt, *Institutes du droit français*, t. Ier, p. 168, et de Locré, *Esprit du code Napoléon*, t. VI, p. 24 et suiv.

à un tiers, et elle place ce tiers sur la même ligne que l'époux. Il faudrait donc dire que ce tiers est un tuteur. Ainsi il y aurait un tuteur alors que les père et mère vivent !

Non, celui à qui les enfants sont confiés n'exerce pas la tutelle ; il n'exerce pas davantage la puissance paternelle. Ce que nous venons de dire le prouve à l'évidence. Le tribunal peut ordonner, dit l'article 302, que les enfants soient confiés à l'époux coupable ou à une tierce personne. Dira-t-on que ce tiers exercera la puissance paternelle? Ce serait une chose inouïe en droit que la délégation de la puissance paternelle. A vrai dire, il ne s'agit pas de la puissance paternelle. Il s'agit de savoir aux *soins* de qui les enfants seront *confiés :* ce sont les termes de l'article 302. Qu'est-ce que la loi entend par *soins?* L'article 303 nous le dit : c'est l'*entretien et l'éducation*. A qui donc appartient la puissance paternelle? La loi nous le dit encore dans ce même article 303 : « Quelle que soit la personne à laquelle les enfants seront confiés, les *père et mère conserveront respectivement le droit de surveiller* l'entretien et l'éducation de leurs enfants. » Le mot *conserver* dont la loi se sert implique qu'il n'y a rien de changé aux droits des père et mère. Ils conservent après le divorce les droits qu'ils avaient avant d'être divorcés, c'est-à-dire la puissance paternelle. A qui cette puissance appartient-elle, d'après notre droit? Au père et à la mère (art. 373). Le divorce enlève-t-il la puissance paternelle à l'époux coupable pour en investir exclusivement l'époux innocent? Nous venons de voir que nos textes ne comportent pas cette interprétation. S'il n'y a aucune déchéance, il faut décider que la puissance paternelle reste aux père et mère.

Est-ce à dire qu'il n'y ait rien de changé à l'exercice de la puissance paternelle après le divorce? L'article 373 dit que le père seul exerce la puissance paternelle pendant le mariage. Cet exercice exclusif attribué au père ne se conçoit plus quand le mariage est dissous par le divorce, et il n'a plus de raison d'être (1). On comprend que le père,

(1) Willequet, *du Divorce*, p. 261 et suiv. (d'après Grolmann).

ayant, comme mari, la puissance maritale, ait aussi seul l'exercice de la puissance paternelle. Après la dissolution du mariage, toute prédominance du mari cesse, la femme a un droit égal à celui de l'homme. Mais ce pouvoir égal serait impraticable dans l'éducation des enfants, parce qu'elle demande de l'unité dans la direction. Il fallait donc la confier à un seul des époux divorcés. Nous savons d'après quelles règles la loi se décide pour déférer le soin de l'éducation. Elle la confie, en principe, à celui des époux qui est présumé le plus digne, sauf au tribunal à déroger à cette règle pour le plus grand avantage des enfants. Mais l'égalité des époux subsiste en tant qu'elle se concilie avec une bonne éducation. Ainsi chacun des père et mère a le droit de surveillance, et tous les deux supportent aussi les charges.

Telle est la doctrine qui découle des textes et des principes. La plupart des auteurs enseignent que le père conserve la puissance paternelle, alors même que c'est lui l'époux coupable et que les enfants ont été confiés aux soins de la mère (1). Cela est trop absolu. Qu'est-ce que la puissance paternelle, en droit français? Un devoir plutôt qu'un droit; c'est le devoir d'éducation. Or, ce n'est plus nécessairement le père qui exerce ce droit ou qui remplit ce devoir après le divorce; ce peut être la mère, ce peut même être un tiers, et si c'est un tiers, les deux époux ont un droit égal de surveillance; preuve que la puissance paternelle n'appartient plus exclusivement au père. Reste une difficulté. Qui aura le pouvoir de correction? C'est un droit attaché à la puissance paternelle. Dès lors, il est impossible de l'accorder au tiers qui serait chargé du soin des enfants. Un pouvoir qui est attaché à la puissance paternelle ne peut appartenir qu'aux père et mère. Leur droit étant égal après le divorce, on aboutit forcément à la conclusion que chacun pourra l'exercer. Il y a ici une lacune dans la loi : elle ne prévoit pas la difficulté. Tout ce que l'on peut affirmer, c'est que le droit égal de surveil-

(1) Proudhon, t. Ier, p. 525 et suiv. Toullier, t. IV, n° 749. Demolombe, t. IV, p. 611, n° 511.

lance emporte le droit égal de correction. Si les enfants sont confiés à l'un des père et mère, ce sera lui naturellement qui exercera le pouvoir de correction. La loi aurait dû le dire, afin de prévenir les conflits.

N° 2. DROITS DES ENFANTS.

295. Les enfants ont des droits sur les biens de leurs père et mère en vertu de la loi : c'est le droit de succession. Ces droits subsistent, dit l'article 304, après la dissolution du mariage par divorce. Il en faut dire autant des droits de succession qui appartiennent aux père et mère sur les biens de leurs enfants. C'est une application du principe général sur les effets du divorce. La loi ajoute que ces droits ne s'ouvrent qu'à la mort. Cela allait sans dire, puisque c'est le droit commun, et il n'y avait aucune raison d'y déroger en cas de divorce.

La loi applique le même principe aux avantages qui sont assurés aux enfants par les conventions matrimoniales de leurs père et mère. Ces droits conventionnels sont également maintenus ; ils s'ouvrent de la manière et sous les conditions déterminées par le contrat de mariage ; le divorce ne les modifie en rien (art. 234). Une institution contractuelle est faite aux époux par leur contrat de mariage; aux termes de l'article 1082, elle est présumée faite au profit des enfants à naître du mariage, c'est-à-dire qu'ils y sont appelés à défaut des institués. Si le divorce est prononcé, le droit des enfants subsiste. Bien entendu, tel qu'il est consacré par la loi; si les père et mère décèdent avant le donateur, les enfants sont substitués, comme on dit, et ils recueillent les biens, mais seulement à la mort de l'instituant. C'est l'application du droit commun. Quand un droit ne doit s'ouvrir qu'à la mort, il est impossible que le divorce lui donne ouverture (1).

296. Aux termes de l'article 386, l'époux contre lequel le divorce est prononcé perd l'usufruit que la loi donne aux père et mère sur les biens de leurs enfants. C'est une

(1) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 528 et suiv.

peine que la loi prononce contre l'époux coupable. Supposons que ce soit la femme, le mari qui a obtenu le divorce conservera l'usufruit; dans ce cas, il n'y aura rien de changé aux droits des enfants, à moins que le père ne vienne à mourir avant que les enfants aient atteint l'âge de dix-huit ans; l'usufruit s'éteindrait alors au profit des enfants. Si c'est la mère qui a obtenu le divorce, le père est déchu de son droit; mais à qui l'usufruit passera-t-il? est-ce aux enfants ou à la mère? Nous croyons que c'est à la mère. La loi donne l'usufruit à celui des père et mère qui exerce la puissance paternelle; voilà pourquoi l'article 384 dit que le père a la jouissance pendant le mariage, et après la dissolution du mariage, le survivant des père et mère. Si le mariage se dissout par le divorce prononcé contre le mari, la mère a la puissance paternelle au même titre que le père, c'est même à elle que les enfants sont confiés; elle doit donc avoir l'usufruit de leurs biens. L'article 386 le dit implicitement; en effet, dire que cette jouissance n'aura pas lieu au profit de l'époux coupable, n'est-ce pas dire que l'époux innocent la conserve? C'est un argument tiré du silence de la loi, il est vrai; mais ici il ne fait que confirmer une solution qui découle des principes (1).

§ II. *Du divorce par consentement mutuel.*

297. Les époux ont dû régler d'avance à qui les enfants nés de leur union seront confiés (art. 280). Cela veut-il dire que les époux peuvent disposer de la puissance paternelle, y renoncer? Non, certes, car la puissance paternelle est d'ordre public, et on ne peut pas déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public. Le seul but des conventions dont parle l'article 280 est de désigner celui à qui les enfants seront *confiés*. L'article 303 se sert de la même expression. Il faut donc

(1) C'est l'opinion de Zachariæ (traduction de Massé et Vergé, t. Ier, p. 272), suivie par Willequet, *du Divorce*, p. 270 et suiv. L'opinion contraire est enseignée par Proudhon, *De l'usufruit*, t. Ier, p. 140, et par les auteurs cités dans Zachariæ, p. 272, note 18.

interpréter l'article 280 par les articles 302 et 303. Les époux conviendront de confier leurs enfants, soit à l'un d'eux, soit à une tierce personne, mais ils conserveront la surveillance de l'entretien et de l'éducation; c'est dire qu'ils conserveront la puissance paternelle, telle qu'elle se trouve modifiée par le divorce. Cela est en harmonie avec les principes. Le divorce doit avoir le même effet, quant à la puissance paternelle, qu'il ait lieu par consentement mutuel ou pour cause déterminée. Il n'y a qu'une différence, c'est que, dans le dernier cas, la cause du divorce étant connue, la loi avait une raison de confier les enfants de préférence à l'un des époux, celui qui est innocent; tandis que, si le divorce a lieu par consentement mutuel, la loi, ignorant qui est le coupable, devait s'en rapporter aux conventions des époux. Sous tous les autres rapports, il n'y a aucune différence entre les deux divorces, en ce qui concerne la puissance paternelle.

Reste à savoir qui aura l'usufruit légal? C'est un point que les époux ont dû régler par leurs conventions, puisque l'article 279 veut qu'ils règlent leurs droits respectifs. Peuvent-ils déroger aux principes généraux sur l'usufruit légal, en ce sens qu'ils y renoncent ou que l'un d'eux y renonce? Il y a un motif de douter; l'usufruit est accordé par la loi à celui qui exerce la puissance paternelle. N'est-ce pas dire qu'il est d'ordre public et que par suite les époux ne peuvent pas y déroger (1)? A notre avis, l'usufruit légal n'est pas d'ordre public, car la loi elle-même permet d'y apporter des modifications par donation ou testament (art. 387); c'est un avantage pécuniaire auquel les époux peuvent renoncer, et qu'en cas de divorce, ils peuvent régler comme ils l'entendent. S'ils n'ont fait aucune convention à cet égard, on reste sous l'empire des principes généraux. L'usufruit appartient à celui qui exerce la puissance paternelle; or, quand les époux sont divorcés, la puissance paternelle appartient, à titre égal, au père et à la mère; et par suite ils auront droit l'un et l'autre à la jouissance des biens de leurs enfants. Ce droit égal n'est

(1) Arntz, *Cours de droit civil français*, t. Ier, p. 246, no 475.

pas sans inconvénient. C'est pour prévenir toute contestation que la loi exige que les époux règlent leurs droits respectifs, et le tribunal devrait rejeter le divorce, s'ils ne l'avaient pas fait.

298. Les enfants conservent leurs droits légaux et conventionnels, comme dans le cas de divorce pour cause déterminée. De plus, la loi porte, article 305 : « La propriété de la moitié des biens de chacun des deux époux sera acquise de plein droit, du jour de leur première déclaration, aux enfants nés de leur mariage. » Cette disposition donne lieu à de graves difficultés. Ecoutons d'abord l'Exposé des motifs : « Le divorce par consentement mutuel, dit Treilhard, fait craindre que la légèreté et l'inconstance n'en abusent. Toutes les dispositions du code sont faites pour calmer ces craintes. Tel est notamment l'article 305, qui dépouille les époux de la moitié de leurs biens, laquelle passe aux enfants. C'est une garantie que le divorce ne sera demandé que pour les causes les plus irrésistibles (1). »

On demande quelle est la nature de cette propriété attribuée aux enfants. Quand il y a des enfants nés d'un autre mariage, peuvent-ils demander le rapport ou la réduction du chef de cette moitié de biens que les enfants nés des deux époux divorcés ont recueillie en vertu de la loi? Si la question pouvait se décider en théorie, il faudrait certainement répondre qu'il y a lieu au rapport et à la réduction. Il n'est pas exact, comme on le prétend, que la loi ait voulu accorder un avantage aux enfants, en compensation du dommage que le divorce leur cause. Si tel avait été le but du législateur, il aurait dû accorder la même faveur aux enfants lorsque le divorce est prononcé pour cause déterminée; il y avait une raison plus forte, puisque le dommage est plus considérable, le scandale étant plus grand. Non, la loi n'a pas voulu avantager les enfants, elle a voulu s'assurer qu'il y a une cause légitime de divorce. Ce but est atteint par cela seul que les père et mère sont dépouillés de la moitié de leurs biens; cela n'empêche

(1) Treilhard, Exposé des motifs, n° 23 (Locré, t. II, p. 569).

pas de régler ensuite les droits des enfants entre eux d'après le droit commun. Donc, en théorie, il faudrait dire qu'il y a lieu au rapport et à la réduction (1). Mais, d'après les principes consacrés par le code sur le rapport et la réduction, l'application de cette théorie devient impossible. Qu'est-ce que l'héritier doit rapporter? L'article 843 répond : « Les dons qui lui ont été faits par le défunt. » Est-ce que les biens attribués aux enfants par la loi, de plein droit, sont des biens donnés par les époux? Vainement dit-on que c'est la loi qui donne; l'article 843 resterait toujours inapplicable. Il n'y a donc pas de texte; et peut-il y avoir une action sans texte, alors que cette action tend à enlever à un propriétaire une partie des biens qui lui appartiennent? Par la même raison, il ne peut pas s'agir de réduction. Quelles sont les dispositions réductibles? Les donations entre vifs (art. 920). Or, dans l'article 305, il n'est pas question de donation. Il eût fallu une décision formelle du législateur pour assujettir au rapport et à la réduction une attribution de biens qui n'est pas une libéralité. Ce que le législateur a négligé de faire, l'interprète ne le peut pas, car ce serait faire la loi, et il doit sans cesse se rappeler qu'il a pour mission unique de l'interpréter. Notre conclusion est qu'il y a lacune; nous le regrettons, mais nous ne croyons pas avoir le droit de la combler (2).

299. Au conseil d'État, on demanda quelle serait la garantie des tiers auxquels les époux vendraient leurs biens. Emmery répondit que le divorce étant public, ceux qui achèteraient des biens des époux divorcés n'auraient aucune excuse. La réponse ne répond pas à l'objection. En effet, l'aliénation peut avoir lieu pendant la procédure en divorce; or, l'article 305 porte que la moitié des biens des époux est acquise aux enfants à partir de la première déclaration des époux. Pour avertir les tiers, la loi aurait dû prescrire la publicité de l'inventaire ordonné par l'arti-

(1) C'est l'opinion de Toullier, t. II, p. 49, n° 754 et la note 2; de Martin, *Traité des successions*, n° 572, et de Willequet, *du Divorce*, p. 286.

(2) C'est l'opinion de Proudhon, t. Ier, p. 514-516, suivie par Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. Ier, p. 274, § 149.

cle 279. Si l'aliénation n'entame pas la moitié des biens attribuée aux enfants, ceux-ci sont sans intérêt et partant n'ont pas d'action. Si l'aliénation excède cette moitié, les enfants auront l'action en revendication, car les parents ont aliéné des biens qui appartiennent aux enfants. Cambacérès ajouta, à sa façon, qu'au titre des *Hypothèques* on pourrait prendre des mesures pour garantir les intérêts des tiers (1). C'était un renvoi aux calendes grecques. Notre loi hypothécaire a introduit un système de publicité qui assure les droits des tiers. Mais la loi reçoit-elle son application au cas prévu par l'article 305 du code Napoléon? On dit qu'il y a lieu à transcription (2). Mais qu'est-ce qu'il faut transcrire? Les actes translatifs de droits réels immobiliers, dit l'article 1er de la loi hypothécaire. Or, dans le cas de l'article 305, il n'y a pas d'acte; la transmission se fait en vertu de la loi, de plein droit. Donc la transcription devient impossible. Il y a de nouveau lacune dans la loi, et il n'appartient qu'au législateur de la combler.

300. Aux termes de l'article 305, les père et mère conservent la jouissance de la moitié des biens dévolus aux enfants. C'est un usufruit légal, mais, à la différence de la jouissance ordinaire qui appartient aux parents, il dure jusqu'à la majorité des enfants. Il est, du reste, grevé de la charge qui est imposée à l'usufruit légal, la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants, conformément à leur fortune et à leur état. Si l'un des père et mère vient à mourir avant la majorité des enfants, que devient l'usufruit? Il est certain que l'usufruit spécial établi par l'article 305 s'éteint, puisque l'usufruit s'éteint toujours par la mort de l'usufruitier. Mais au moment où l'usufruit spécial s'éteint, l'usufruit général de l'article 384 ne s'ouvre-t-il pas? L'affirmative nous paraît tout aussi certaine. En effet, le survivant des père et mère a l'usufruit de tous les biens qui appartiennent à ses enfants, donc aussi des biens qui lui sont attribués par l'article 305 et qu'ils possèdent main-

(1) Séance du conseil d'Etat du 22 fructidor an x, n° 24 (Locré, t. II, p. 549).

(2) Willequet, *du Divorce*, p. 279, n° 5.

tenant en pleine propriété. Seulement cet usufruit ne durera que jusqu'à l'âge de dix-huit ans. Il faudrait une disposition formelle pour excepter de l'usufruit général les biens compris dans l'article 305; par cela seul qu'ils n'en sont pas exceptés, ils y sont compris.

Que faut-il décider si l'enfant vient à mourir avant sa majorité? Zachariæ dit que l'usufruit subsiste. Cela est plus que douteux. L'usufruit général des père et mère s'éteint par la mort de leurs enfants, quoique la loi ne le dise pas; la raison est que la puissance paternelle cesse à la mort, la mort donne ouverture à la succession, et l'on ne voit pas, au titre des Successions que la loi, en déférant les biens délaissés par les enfants, réserve l'usufruit à ses père et mère. Eh bien, ces mêmes motifs existent pour l'usufruit spécial de l'article 305. Il n'y a qu'une différence entre cet usufruit et l'usufruit général, c'est qu'il dure jusqu'à la majorité des enfants; sous tous les autres rapports, les deux droits ont le même caractère et doivent avoir les mêmes effets; ils doivent donc s'éteindre par les mêmes causes (1).

SECTION IV. — Effets pécuniaires du divorce.

§ I[er]. *Du divorce pour cause déterminée.*

N° 1. RÉVOCATION DES LIBÉRALITÉS.

301. L'article 299 porte : « Pour quelque cause que le divorce ait lieu, hors le cas du consentement mutuel, l'époux contre lequel le divorce aura été admis perdra tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par leur contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté. » Treilhard dit dans l'Exposé des motifs : « L'époux coupable s'est placé au rang des ingrats, il sera traité comme eux. Il a violé la première condition du contrat, il ne sera pas reçu à en réclamer les dispositions. » Tan-

(1) Voyez, en sens contraire, Zachariæ, suivi par Willequet, *du Divorce*, p. 281 et suiv.

dis que, aux termes de l'article 300, « l'époux qui obtient le divorce conserve les avantages à lui faits par l'autre époux, encore qu'ils aient été stipulés réciproques et que la réciprocité n'ait pas lieu. » Cette dernière disposition est tout à fait exceptionnelle; les donations réciproques sont conditionnelles de leur nature, l'une est faite en vue de l'autre, elles devraient donc tomber ensemble. Il y a une raison de cette dérogation au contrat : c'est que l'époux coupable l'a violé, la loi le punit, et elle ne peut pas punir l'époux innocent (1).

302. La loi dit : « Pour quelque cause que le divorce *ait lieu.* » Cela veut-il dire qu'il suffit que le divorce aît été admis par le tribunal pour que l'époux coupable perde les libéralités que son conjoint lui avait faites, encore que le divorce n'ait pas été prononcé? La cour de Bruxelles l'a décidé ainsi, sur les conclusions contraires du procureur général (Beyts) (2). Nous croyons que c'est une erreur. La déchéance que la loi prononce contre l'époux coupable est un effet du divorce; or, le divorce n'existe que lorsqu'il a été prononcé, jusque-là on ne peut pas dire qu'*il y a divorce.* Il est vrai que l'article 299 ajoute : « L'époux contre lequel le divorce aura été *admis* perdra; il ne dit pas *prononcé :* ce qui paraît décider la question. A vrai dire, le législateur ne s'est pas préoccupé de cette difficulté, il n'a donc pas pu la trancher. Les termes que nous venons de transcrire sont opposés aux termes : *qui aura obtenu le divorce,* de l'article 300; ils sont donc synonymes de l'*époux coupable ;* mais pour qu'il y ait un époux coupable, il faut que le divorce soit prononcé; sinon l'on arriverait à cette conséquence absurde que l'époux défendeur serait déchu des avantages que lui a faits le demandeur, bien que celui-ci ne veuille pas faire prononcer le divorce par l'officier de l'état civil. Il est certain que l'époux qui l'a obtenu y peut renoncer et reprendre la vie commune, en se réconciliant avec son conjoint, et certes cette réconciliation empêcherait tous les effets du divorce. Donc si,

(1) Treilhard, Exposé des motifs, n° 32 (Locré, t. II, p. 571).
(2) Arrêt du 26 avril 1806 (Dalloz, au mot *Séparation de corps,* n° 498).

comme dans l'espèce jugée par la cour de Bruxelles, l'époux qui a obtenu le divorce vient à mourir avant que le divorce ait été prononcé, il n'y a pas de divorce, partant pas de déchéance encourue à raison du divorce (1).

303. Les termes généraux de l'article 299 donnent lieu à une difficulté plus sérieuse : « *Pour quelque cause*, dit la loi, que le divorce ait lieu. » Faut-il appliquer cette déchéance générale au cas prévu par l'article 310? La séparation de corps est prononcée pour cause déterminée; elle dure trois ans; alors l'époux originairement défendeur demande le divorce et le tribunal l'admet. On demande si l'époux défendeur en divorce perdra les avantages que l'autre époux lui avait faits. La négative nous paraît évidente, et d'après le texte et d'après l'esprit de la loi. « *Pour quelque cause*, dit l'article 299, que le divorce ait lieu, *hors le cas du consentement mutuel.* » Quelles sont ces *causes* dont la loi parle en termes si généraux? Le code civil admet deux cas de divorce, l'un pour cause déterminée, l'autre par consentement mutuel (titre VII, chapitre Ier). Les termes *pour quelque cause,* dont le législateur se sert, impliquent donc un divorce pour *cause déterminée,* par opposition au divorce par *consentement mutuel;* la loi n'admet pas la déchéance dans le divorce par consentement mutuel, elle l'admet dans le divorce pour cause déterminée, quelle que soit la cause, car il y en a quatre. En ce sens, notre texte dit : *pour quelque cause* que le divorce ait lieu. Pourquoi le code n'attache-t-il pas le même effet au divorce par consentement mutuel? Parce que dans ce divorce on ignore quel est l'époux coupable, et c'est seulement contre l'époux coupable que la loi prononce la déchéance. Treilhard nous le dit : il s'est placé au rang des ingrats, il a violé le contrat, il est indigne de conserver les avantages que son conjoint lui avait faits.

Le texte et l'esprit de la loi sont également étrangers au divorce admis en vertu de l'article 310. Ce divorce n'a pas lieu pour cause déterminée. Il est vrai que la sépara-

(1) Arrêt de Cologne du 26 novembre 1826 (*Belgique judiciaire,* t. XVII, p. 1385).

tion de corps a été admise pour cause déterminée, mais quand l'époux originairement défendeur en séparation demande le divorce, il n'y a pas de cause déterminée du divorce, il n'y a d'autre raison que le refus de l'autre conjoint de rétablir la vie commune après trois années de séparation. C'est un cas tout spécial, qui ne rentre pas dans les *causes* déterminées de divorce. Donc le texte de l'article 299 n'est pas applicable. Que dire de l'esprit? Dans le cas de l'article 310, le défendeur est l'époux innocent, le demandeur est l'époux coupable; et la loi priverait de ses avantages l'époux innocent, elle les conserverait à l'époux coupable! Le but de la disposition est moral, c'est un indigne qu'elle entend frapper; et l'on veut qu'elle récompense l'indigne et qu'elle punisse l'innocent!

On a essayé de donner une autre interprétation à l'article 299. Il pose une règle générale en disant : « Pour quelque cause que le divorce ait lieu. » A cette règle absolue, il admet une exception, une seule, le cas du consentement mutuel; il n'en fait pas pour le divorce prononcé en vertu de l'article 310, donc ce divorce est compris dans la règle. Nous avons répondu d'avance à l'objection, en prouvant que la règle générale ne comprend que le divorce pour cause déterminée, et exclut par conséquent le divorce de l'article 310. La cour de Bruxelles et la cour de cassation de Belgique ont encore fait une autre réponse (1). Qui est déclaré déchu des libéralités qu'il a reçues? Est-ce tout époux défendeur? Non, c'est l'*époux contre lequel le divorce aura été admis*. Ce qui suppose de nouveau une cause déterminée. Peut-on dire dans le cas de l'article 310 que le divorce est admis *contre l'époux défendeur?* Non, car le défendeur ne conteste pas, il n'a pas même le droit de contester; dès qu'il refuse de reprendre la vie commune, le divorce a lieu nécessairement. On s'est emparé de ce refus, et on a voulu le transformer en faute, afin de trouver une base morale à la déchéance que l'on veut faire encourir au défendeur. Quoi! l'époux défendeur est

(1) Arrêt de Bruxelles du 19 avril 1864 (*Pasicrisie*, 1864, 2, 304), confirmé par arrêt de la cour de cassation du 24 mars 1865 (*Pasicrisie*, 1865, 1, 147).

en faute, alors qu'il a usé d'un droit, en demandant la séparation de corps, parce que ses croyances religieuses lui défendaient de demander le divorce! Il est en faute, alors qu'il obéit encore à sa conscience en voulant maintenir la séparation! Non, il n'y a aucune faute à lui reprocher; donc la déchéance n'a aucune raison d'être : ce serait une criante iniquité.

304. La loi dit que l'époux contre lequel le divorce est admis perd tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par leur contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté. Donc tout ce qui est *avantage*, c'est-à-dire libéralité, est sujet à déchéance, mais non les droits que l'époux a comme propriétaire ou comme associé. L'époux qui, en vertu des conventions matrimoniales, a le droit de reprendre sa dot, conserve ce droit, bien que le divorce ait été prononcé contre lui, car la dot est sa propriété et non un avantage. De même, l'époux coupable a droit à sa part dans la communauté, car la loi considère la communauté comme un contrat à titre onéreux (articles 1496 et 1527) ; donc les bénéfices que l'un des époux en retire ne sont pas des libéralités, partant il n'y a pas lieu à déchéance. Il en serait ainsi quoique la communauté fût universelle et que l'un des époux n'eût rien apporté en mariage. Le contraire a été jugé (1). C'est une erreur, à notre avis. En effet, l'article 1527 applique à la communauté conventionnelle le principe que l'avantage qui en résulte n'est pas une libéralité, donc il ne tombe pas sous l'application de l'article 299.

La loi prononce la déchéance des libéralités que l'époux innocent avait faites à l'époux coupable. Que faut-il dire des donations que celui-ci a reçues d'un tiers? Le texte de l'article 299 décide la question, il ne parle que des avantages que les époux se font l'un à l'autre; or, les déchéances sont de la plus stricte interprétation ; on ne peut les étendre, quand même il y aurait analogie, et dans l'espèce il n'y en a pas. Si l'époux défendeur perd les libé-

(1) Arrêt de Cologne du 26 novembre 1843 (*Belgique judiciaire*, t. II, p. 1653).

ralités qui lui ont été faites, c'est parce qu'il est coupable, mais coupable envers qui? Envers son conjoint. C'est à son égard qu'il a violé le contrat et non à l'égard des tiers donateurs. La loi du 20 septembre 1792 était plus sévère; elle déclarait l'époux coupable déchu même des donations que les parents de l'autre lui avaient faites en vue du mariage; le Tribunat proposa de reproduire cette disposition; mais sa proposition ne fut pas admise. Puisque la question est tranchée et par le texte et par l'esprit de la loi, il est inutile de répondre aux mauvaises raisons que Delvincourt donne pour l'opinion contraire (1).

L'article 299 applique la déchéance à *tous* les avantages que l'époux innocent avait faits à l'époux coupable, même à ceux qui ont été faits depuis le mariage contracté. On sait que ces derniers sont toujours révocables (article 1096). Pourquoi donc la loi les frappe-t-elle elle-même de révocation? C'est que le législateur veut punir l'époux coupable; il ne pouvait pas s'en rapporter, pour cette punition, à la faiblesse ou à l'indulgence de l'époux offensé. Cela prouve, quoi qu'on en ait dit, que la disposition est essentiellement pénale.

La déchéance s'applique-t-elle aux dispositions testamentaires? Il nous semble que l'affirmative ne souffre aucun doute. Le texte dit : *tous les avantages*, il ne dit pas toutes les *donations*. Il est vrai que le testateur peut toujours révoquer les legs qu'il a faits à son conjoint. Mais il en est de même des donations qu'un époux fait à son conjoint pendant le mariage, ce qui n'empêche pas le législateur de les révoquer. Nous venons d'en dire la raison. Ce qui confirme cette interprétation, c'est que, dans le droit écrit, la révocation atteignait les libéralités testamentaires aussi bien que les libéralités contractuelles, parce que la révocation avait lieu de plein droit en vertu de la loi. Or, c'est au droit écrit que les auteurs du code ont emprunté la disposition de l'article 299; c'est une disposition traditionnelle, donc elle doit être interprétée dans le sens de la tradition. On objecte que dans l'article 300

(1) Proudhon discute longuement la question (t. Ier, p. 522 et suiv.)

la loi parle d'avantages *stipulés*, ce qui suppose une donation. La réponse est bien simple : si l'article 300 parle d'avantages *stipulés*, c'est pour étendre le droit de l'époux innocent aux donations réciproques, mais ce n'est certes pas pour restreindre la disposition pénale de l'article 299 au profit de l'époux coupable (1).

305. La déchéance prononcée par l'article 299 doit-elle être demandée par l'époux qui obtient le divorce? ou a-t-elle lieu de plein droit? C'est dans ce dernier sens que la question doit être décidée. Le texte dit : « L'époux *perdra* tous les avantages; » il ne dit pas que l'époux qui a obtenu le divorce doit provoquer la déchéance; la loi prononce elle-même cette peine. C'est précisément parce que c'est une peine que la loi ne pouvait pas s'en rapporter à la volonté de l'époux demandeur en divorce. Est-ce à dire que l'époux qui a obtenu le divorce ne puisse pas renoncer au bénéfice de la loi? Il n'y peut certes pas renoncer d'avance; une pareille renonciation serait si évidemment immorale, que nous ne comprenons pas que Proudhon se donne la peine de discuter la question. Mais après que la déchéance est encourue, l'époux innocent peut renoncer au bénéfice de la loi, en ce sens qu'il est libre de disposer, au profit de son ancien conjoint, des biens qui faisaient l'objet de la première libéralité. A vrai dire, ce n'est pas une renonciation, c'est une nouvelle disposition : il faut une nouvelle donation ou un nouveau testament. Les premiers actes ne peuvent pas revivre par une simple renonciation; la loi les révoque; c'est donc comme s'ils n'avaient jamais existé, au moins quant au donataire ou au légataire. Rentrés dans le patrimoine du donateur, les biens n'en peuvent sortir que par une nouvelle donation. Et s'il s'agit d'un testament, le premier étant révoqué, il en faut faire un nouveau.

306. La révocation prononcée par l'article 299 a-t-elle effet à l'égard des tiers? Il est certain que l'époux dona-

(1) Arrêt de la cour de cassation du 5 décembre 1849 (Dalloz, 1850, 1, 33 : la question est traitée dans tous ses détails par l'avocat général Nicias-Gaillard); arrêts de Nancy du 13 février 1850 (Dalloz, 1851, 2, 34) et de Lyon du 26 janvier 1861 (Dalloz 1861, 5, 440).

taire ne peut plus aliéner ni concéder un droit réel, à partir du moment où le divorce est prononcé contre lui; car dès cet instant, il cesse d'être propriétaire; s'il fait un acte de propriété, cet acte est nul en ce sens qu'il n'a aucun effet à l'égard de l'époux qui a obtenu le divorce. Il peut résulter de là un grave préjudice pour les tiers qui ont traité avec l'époux divorcé, dans l'ignorance du divorce. Le législateur aurait dû prescrire la publicité du divorce, et même de la révocation qui résulte de l'article 299; il ne l'a pas fait, et la loi hypothécaire belge ne prévoit pas davantage la révocation qui résulte de plein droit de la loi. C'est une lacune que le législateur seul peut combler.

Que faut-il décider si les actes de disposition sont antérieurs à la prononciation du divorce? Ces actes sont-ils révoqués par cela seul que le droit de l'époux donataire est révoqué. La difficulté est de savoir si la révocation a effet seulement pour l'avenir ou si elle rétroagit. Il faut décider, et sans doute aucun, que la révocation, dans le cas de l'article 299, ne rétroagit pas. Le texte de la loi le dit implicitement. Comme le dit la cour de cassation, l'article 299 prive l'époux coupable des avantages qui lui ont été faits par son conjoint; il ne parle pas des droits que des tiers pourraient avoir acquis de bonne foi sur les biens qui faisaient l'objet de ces avantages; ce serait donc ajouter à la loi que d'admettre qu'elle porte atteinte à ces droits. L'esprit de la loi est en harmonie avec le texte ainsi interprété. Il s'agit d'une peine prononcée contre l'époux coupable; or, les peines doivent être personnelles comme la faute; on ne peut pas la faire rejaillir, dans le silence de la loi, sur un tiers de bonne foi. Le code lui-même applique ces principes à la révocation pour cause d'ingratitude, en décidant qu'elle ne préjudicie pas aux droits des tiers. Ceux-ci ne peuvent pas, ils ne doivent pas s'attendre à l'ingratitude du donataire, il faut donc qu'ils puissent traiter en toute sécurité avec lui, puisque, en principe, il est propriétaire irrévocable (1).

Il y a un arrêt, en sens contraire, de la cour de

(1) Arrêt de la cour de cassation du 30 août 1865 (Dalloz, 1865, 1, 345).

Paris (1). La cour se fonde sur le principe qui régit la révocation pour inexécution des conditions. Cette révocation opère rétroactivement (art. 954, 1183, 1184). Or, l'époux coupable viole la condition implicite sous laquelle la donation lui est faite, celle de remplir les devoirs que le mariage lui impose; il rompt la loi du contrat. Donc il faut appliquer le principe de la condition résolutoire tacite, dont l'article 954 n'est qu'une conséquence. Il y a dans cette argumentation une singulière confusion d'idées. Sans doute l'époux coupable rompt la loi du contrat, mais de quel contrat? Du mariage, et c'est pour cela que le divorce est prononcé contre lui, et qu'il perd les avantages qui lui avaient été faits par son conjoint. Mais rompt-il aussi les conditions sous lesquelles la donation est faite? Non, certes, car la donation n'est pas faite sous condition. Qu'est-ce en effet que la condition dans le sens de l'article 954? C'est une charge imposée au donataire, charge qui fait de la donation un contrat bilatéral, ce qui permet de lui appliquer le principe de la condition résolutoire tacite. On ne peut pas invoquer ce principe quand la donation est faite sans charge, car alors la donation est un contrat unilatéral. Dira-t-on qu'il y a une condition ou charge sous-entendue, celle d'être reconnaissant? Ce singulier système conduirait à effacer l'article 958 du code civil; la révocation pour cause d'ingratitude se confondrait en effet avec la révocation pour cause d'inexécution des charges, ce qui est absurde.

Il y a cependant une objection qui paraît spécieuse au premier abord. La loi, dit la cour de Paris, déclare que l'époux coupable *perdra* les avantages que l'autre époux lui avait faits; or, est-ce les perdre, s'il peut vendre les biens, les hypothéquer et en dissiper la valeur? L'article 958 répond à l'objection : le donataire ingrat est obligé de restituer la valeur des objets aliénés. Cette disposition doit être appliquée au cas de l'article 299, parce qu'il y a identité de motifs. L'époux coupable est aussi un ingrat; la loi est plus sévère pour lui que pour le dona-

(1) Arrêt du 8 août 1853 (Dalloz, 1853, 2, 248).

taire ordinaire, puisqu'elle révoque de plein droit les avantages qui lui ont été faits. Comment, étant plus sévère, sa disposition serait-elle plus favorable à l'époux ingrat? Dira-t-on qu'il faut un texte? Ce texte existe, et énergique : l'article 299 veut que l'époux perde tout avantage qui lui a été fait, il n'en peut donc retirer aucun bénéfice. Cela décide la question.

307. L'époux qui a obtenu le divorce conserve les avantages que l'autre époux lui a faits. Il les *conserve*, dit l'article 300 ; c'est-à-dire que la loi les maintient tels qu'ils étaient, avec le caractère qu'ils avaient, sous les conditions qui y étaient attachées. Par application de ce principe, l'article 1518 décide que le divorce ne donne pas lieu à la délivrance actuelle du préciput, mais que l'époux qui a obtenu le divorce *conserve* son droit au préciput en cas de survie. L'article 1452 dit la même chose pour les droits de survie stipulés au profit de la femme; ils ne s'ouvrent pas par le divorce, mais la femme *conserve* la faculté de les exercer lors de la mort du mari.

Nous appliquons le même principe aux donations faites pendant le mariage au profit de l'époux qui a obtenu le divorce : il les *conserve*, mais avec le caractère qui leur est inhérent; elles restent révocables (1). La question est controversée. Proudhon dit que l'époux donateur ne peut plus révoquer les donations, ni après le divorce prononcé, ni même pendant l'instance du divorce. Si, dit-il, le donateur pouvait révoquer les libéralités qu'il a faites à son conjoint, il ne serait pas exact de dire que celui-ci les *conserve*. Nous avons répondu d'avance à l'objection : le donataire les conserve telles qu'elles étaient. Si la loi déclarait irrévocables des avantages qui par leur nature sont révocables, elle ferait plus que les conserver, elle en altérerait la nature. Ne faudrait-il pas un texte pour que l'on pût admettre une exception aussi anomale à la règle posée par l'article 1096? On prétend que ce texte existe dans la combinaison des articles 300 et 299. L'article 299

(1) Duranton, t. II, p. 577, n° 631. Demolombe, t. IV, p. 648, n° 530. Willequet, *du Divorce*, p. 255. Massol, *De la séparation de corps*, p. 311.

révoque de plein droit les libéralités faites pendant le mariage; or, l'article 300 est corrélatif à celui qui précède; il faut donc dire que la faculté de révoquer cesse dans les deux cas (1). Nous répondons que c'est dépasser le texte : tout ce qu'il est permis d'inférer des deux articles, c'est que le demandeur en divorce conserve les donations faites pendant le mariage, mais la loi ne dit pas que ces donations deviennent irrévocables. Elle ne pouvait pas le dire, du moins elle ne le pouvait sans faire une distinction. Parmi ces avantages révocables, se trouvent les dispositions testamentaires. S'il est vrai que l'article 300 déclare irrévocables tous les avantages faits à l'époux innocent, il faut en conclure que les testaments ne pourront être révoqués. Comprend-on une pareille anomalie sans un texte bien positif? Toullier a reculé devant cette conséquence : le testateur, dit-il, pourra toujours révoquer les legs qu'il a faits. Ces distinctions prouvent que l'on se place en dehors et au-dessus de la loi, on la fait. Contentons-nous de la prendre telle qu'elle est.

N° 2. DE LA PENSION ALIMENTAIRE.

308. La loi accorde une pension alimentaire à l'époux qui a obtenu le divorce (art. 301); elle n'en donne pas à l'époux contre lequel le divorce a été prononcé. L'un peut invoquer les droits qui résultent du mariage; il avait droit aux aliments, il le conserve, mais tel que la loi l'organise. L'autre a rompu le contrat, il ne peut plus l'invoquer pour réclamer des secours de son conjoint. Nous disons que l'époux innocent doit exercer son droit tel que la loi le règle. C'est lors de l'admission du divorce que le tribunal pourra accorder à l'époux qui a obtenu le divorce une pension alimentaire sur les biens de l'autre époux (art. 301). Une fois le divorce prononcé, les époux deviennent étrangers l'un à l'autre, ils ne se doivent plus de secours, donc l'époux qui a obtenu le divorce, sans faire fixer sa pen-

(1) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 517. Toullier, t. II, n° 743.

sion alimentaire, ne peut plus la réclamer après que le divorce est prononcé. Cela a été jugé ainsi sous l'empire de la loi du 20 septembre 1792 (1), et les principes sont les mêmes, sous le code Napoléon, sauf que le droit aux aliments n'est plus réciproque, comme il l'était d'après la loi de 92.

309. La pension alimentaire de l'époux divorcé est régie par les principes généraux sur les aliments. Nous en trouvons l'application dans l'article 301. L'époux qui a obtenu le divorce n'a droit aux aliments que s'il est dans le besoin : « Si, dit le texte, les époux ne s'étaient fait aucun avantage, ou si ceux stipulés ne paraissaient pas suffisants pour assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce. » Il faut donc que l'époux demandeur soit dans le besoin, comme le dit l'article 205 de tous ceux qui ont droit aux aliments. Mais dès que le besoin est constaté, le droit existe. Il a été jugé, et avec raison, par la cour de Gand que la femme qui obtient le divorce ou la séparation de corps peut réclamer une pension alimentaire, alors même que sa mère serait en état de lui fournir des aliments (2). C'est une obligation que l'époux a contractée en se mariant; certes, pendant le mariage, il n'aurait pu renvoyer sa femme à demander des aliments à sa mère; il ne le peut pas davantage quand, par sa faute, le mariage est dissous.

La quotité des aliments doit aussi être réglée d'après les principes généraux. Il ne faut pas prendre trop à la lettre ces mots de l'article 301 : « *pour assurer la subsistance de l'époux* qui a obtenu le divorce. » Ils sont synonymes du mot *besoin*, dont se sert l'article 205. Il a toujours été entendu que les besoins sont une chose essentiellement relative, et doivent être estimés suivant l'état et la condition de celui qui a droit aux aliments. Ce principe doit recevoir son application en matière de divorce. Les époux contractent l'obligation de se fournir des secours selon leur état (art. 212, 214). Certes l'époux coupable ne peut

(1) Arrêt de la cour de cassation du 8 janvier 1806 (Merlin, *Répertoire*, au mot *Divorce*, sect. IV, § XIV.

(2) Arrêt du 25 mai 1849 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 231).

pas se soustraire à cette obligation en violant les autres devoirs que la loi lui impose. Il est dans l'esprit de la loi que l'époux innocent ne perde rien par le divorce, qu'il conserve la position d'aisance que son conjoint lui avait faite (1). La loi fixe cependant une limite au pouvoir discrétionnaire que le juge a, en général, pour fixer la pension alimentaire. Elle ne peut pas dépasser le tiers des revenus de l'époux défendeur (art. 301). La limite est assez arbitraire; il faut l'interpréter d'après les principes généraux qui régissent les aliments; si le tiers des revenus était insuffisant pour fournir aux besoins de l'époux innocent, le tribunal pourrait dépasser ce chiffre. Ce que la loi veut, c'est qu'une fois la subsistance assurée, on n'excède pas le tiers des revenus. Il dépend, du reste, des tribunaux d'apprécier les revenus : il a été jugé qu'il fallait tenir compte non-seulement du produit proprement dit, mais aussi du capital. Rien de plus juste : c'est la fortune du débiteur qui est l'élément décisif (2).

310. La dette alimentaire est, en général, variable; elle augmente ou elle diminue avec les besoins; elle cesse quand les besoins cessent. En est-il de même de la pension alimentaire que l'époux divorcé doit à l'époux qui a obtenu le divorce? La loi ne s'explique que sur la cessation de la pension : elle sera révocable, dit l'article 301, dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire. Ce n'est donc pas une créance absolue comme les dettes ordinaires. Si elle cesse avec les besoins, pourquoi ne serait-elle pas variable, pourquoi n'augmenterait-elle pas avec ces mêmes besoins, et pourquoi ne diminuerait-elle pas si les besoins diminuent? Il y a un arrêt en sens contraire (3). On dit que la pension alimentaire due en cas de divorce ne peut pas subir de modifications après la prononciation du divorce, parce qu'il n'y a plus aucun lien entre les époux. Ce raisonnement confond, nous semble-t-il, deux hypothèses d'une nature essentiellement diverse; le cas où aucune pension

(1) Ainsi décidé par la cour de cassation, en matière de séparation de corps, arrêt du 30 août 1864 (Dalloz, 1865, 1, 68).
(2) Arrêt de Bruxelles du 17 juillet 1852 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 118).
(3) Arrêt de la cour de Besançon du 20 brumaire an XIV.

n'a été fixée lors de l'admission du divorce, et le cas où le tribunal a accordé une pension à l'époux qui l'a obtenu. Dans la première hypothèse, il est certain qu'il n'y a plus aucun lien entre les époux, ni par conséquent lieu à une action alimentaire. Mais dans la seconde hypothèse, il reste un lien entre les époux divorcés, celui de créancier et de débiteur, donc il peut y avoir action du chef des aliments. L'article 301 le dit : l'époux débiteur peut demander la révocation de la pension alimentaire. Cela prouve que la pension conserve sa nature d'aliments ; dès lors, il faut aussi admettre les conséquences. La pension a été fixée à raison du nombre des enfants confiés à l'époux demandeur. Ces enfants viennent à mourir. Faudra-t-il que l'autre époux continue à payer une pension pour l'entretien d'enfants morts? Cela n'a pas de sens, ce serait une dette sans cause, et il ne peut pas y avoir de dette sans cause. Que si la dette peut cesser, si elle peut diminuer, pourquoi n'augmenterait-elle pas, soit avec les besoins de l'époux qui a droit aux aliments, soit avec la fortune de celui qui les doit? Le divorce ne peut pas altérer la nature de la dette alimentaire; dès qu'elle existe avant la prononciation du divorce, elle continue à exister après le divorce, avec les caractères qui lui sont particuliers.

311. Faut-il appliquer les mêmes principes à l'extinction de la dette alimentaire? Nous avons enseigné que la dette alimentaire est personnelle, qu'elle ne passe pas aux héritiers du débiteur (1). La jurisprudence admet que ce principe ne s'applique pas à la pension alimentaire due par l'époux divorcé à son conjoint (2). Nous croyons que cette jurisprudence est contraire aux vrais principes et au texte même du code. Si la dette alimentaire est personnelle de sa nature, il en doit être de même de la pension que l'époux divorcé doit à son conjoint, car la loi l'appelle *pension alimentaire*. C'est donc une dette d'aliments. On le conteste ; on dit que c'est une indemnité qui tient lieu à l'époux

(1) Voyez, plus haut, n° 48, p. 71.
(2) Arrêts de la cour de cassation du 2 avril 1861 (Dalloz, 1861, 1, 97), de Rouen du 30 juillet 1862 (Dalloz, 1864, 2, 238) et de Grenoble du 11 juillet 1863 (Dalloz, 1865, 2, 6).

malheureux des avantages de position et de fortune que lui assurait le mariage, et qu'elle tend à réparer le préjudice qu'il souffre du divorce. Nous répondons que le texte dit le contraire. C'est une *pension alimentaire* que l'article 301 accorde à l'époux innocent; elle a pour objet, dit-il, d'*assurer la subsistance de l'époux qui a obtenu le divorce.* Il s'agit donc d'aliments et non d'indemnité. Si c'était une indemnité, l'époux demandeur y aurait toujours droit, qu'il soit dans le besoin ou non, car le divorce lui cause toujours un préjudice. Cependant il n'y a pas droit s'il n'est pas dans le besoin. Donc ce n'est pas une indemnité. La quotité de la pension est fixée d'après la fortune de l'époux qui la doit. Conçoit-on une indemnité, c'est-à-dire des dommages-intérêts, qui sont évalués, non d'après le préjudice souffert, mais d'après la fortune du débiteur? Conçoit-on une indemnité qui ne peut pas dépasser le tiers des revenus du débiteur, bien que le préjudice soit plus élevé? Enfin si c'était une indemnité, la créance une fois évaluée entrerait dans le patrimoine de l'époux créancier, et il ne pourrait plus en être privé. Cependant la loi déclare que la pension alimentaire est révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire. Conçoit-on une indemnité, due à raison d'un préjudice, qui cesse d'être due quand le créancier n'est plus dans le besoin? La révocabilité de la pension prouve à l'évidence qu'il s'agit d'aliments et non d'indemnité.

On insiste et l'on dit que, d'après le texte de l'article 301, la pension alimentaire est accordée sur les biens de l'autre époux, qu'elle passe donc avec ces biens aux héritiers du débiteur. Nous demanderons si toute pension alimentaire n'est pas accordée sur les biens de celui qui la doit, par cela même que c'est une dette et que toute dette grève les biens du débiteur? Donc toute pension alimentaire devrait passer aux héritiers. L'argument est de ceux qui prouvent trop et qui se retournent contre celui qui les fait valoir. Si toute dette alimentaire, quoique grevant les biens du débiteur, est néanmoins attachée à la personne, pourquoi en serait-il autrement de la pension alimentaire due par l'époux divorcé? Ce que le droit nous dit, la raison le con-

firme. Quel est le fondement de la dette alimentaire que la loi impose à l'époux divorcé? C'est qu'il ne peut pas par sa faute se décharger d'une obligation qui résulte du mariage. C'est donc l'obligation de secours, établie par l'article 212, qui subsiste au profit de l'époux innocent. Mais l'obligation ne peut pas avoir plus d'étendue après le divorce qu'elle n'en avait pendant le mariage. La mort met fin aux obligations que le mariage produit; l'époux survivant ne peut pas réclamer d'aliments des héritiers du défunt; pourquoi l'époux divorcé aurait-il ce droit? On en chercherait vainement la raison.

§ II. *Divorce par consentement mutuel.*

312. Aux termes de l'article 279, les époux ont dû régler leurs droits respectifs avant de demander le divorce par consentement mutuel. Ce divorce produit un effet très-important quant aux biens des époux. Il les prive de la moitié de leur patrimoine (art. 305), qui est acquise de plein droit aux enfants. Nous avons déjà traité cette matière (n° 298).

CHAPITRE IV.

DE LA SÉPARATION DE CORPS (1).

SECTION I. — Principes généraux.

313. On dit que la séparation de corps est le divorce des catholiques. Cela est vrai en ce sens que les auteurs du code Napoléon l'ont admise par respect pour les croyances des catholiques auxquels leur religion ne permet pas de demander le divorce. Déjà dans le discours où il expose la théorie générale du code civil, Portalis disait que, sous les lois qui autorisent la liberté des cultes, il ne fallait pas placer un homme fidèle à sa religion entre le désespoir et sa conscience (2). Treilhard répéta presque les mêmes paroles dans le discours qu'il prononça devant le Corps législatif pour défendre l'institution du divorce : « La séparation de corps est proposée pour ceux dont la croyance religieuse repousserait le divorce; il ne fallait pas les exposer sans ressource aux malheurs d'un joug trop insupportable, et les laisser entre le désespoir et la mort (3). »

De là, la doctrine et la jurisprudence ont tiré une conséquence très-grave. Le code ne contient que six articles sur la séparation de corps. On comble les nombreuses lacunes qu'il laisse par ce principe d'interprétation, que la séparation étant le divorce des catholiques, il faut appliquer par analogie à la séparation les dispositions de la loi sur le divorce, toutes les fois qu'elles peuvent cadrer avec la séparation et que, d'ailleurs, aucun texte exprès n'em-

(1) Massol, *Traité de la séparation de corps*.

(2) Portalis, *Exposé général du système du code civil*, n° 19 (Locré, t. Ier, p. 193).

(3) Discours prononcé dans la séance du Corps législatif du 23 ventôse an XI, n° 6 (Locré, t. II, p. 609).

pêche de les appliquer. Ce principe paraît très-sage à M. Valette (1). M. Demolombe avoue ses doutes et ses scrupules (2). Un principe d'interprétation d'une telle importance ne doit-il pas se fonder sur la volonté du législateur? Et si telle avait été sa pensée, ne l'aurait-il pas manifestée, soit par un texte, soit dans les travaux préparatoires? Mais ce principe, pouvait-il le poser? Rien de plus ruineux que les fondements sur lesquels il repose. On invoque des raisons d'analogie. La séparation de corps, dit-on, est le divorce des catholiques. Cela peut se dire par voie de comparaison et dans un discours d'apparat; mais comme règle juridique, c'est un non-sens. Peut-on parler d'un divorce des catholiques, alors que le catholicisme repousse le divorce comme un attentat contre la parole de Dieu? Dès lors, assimiler les deux institutions, c'est aller ouvertement contre l'intention du législateur catholique qui a introduit la séparation de corps, précisément parce qu'il ne voulait pas du divorce; c'est aller contre l'intention des auteurs du code civil, qui l'ont maintenue comme institution religieuse.

Appliquer les dispositions du code sur le divorce à la séparation de corps, c'est supposer qu'il y a analogie, c'est-à-dire qu'il y a même motif de décider. Les analogies qui existent entre les deux institutions sont très-faibles, tandis que les différences qui les séparent sont radicales. Les causes sont les mêmes, dit-on. Oui, en ce sens que le divorce et la séparation se fondent sur une violation des devoirs conjugaux. Mais ici déjà il y a une différence considérable : la loi n'admet pas la séparation de corps par consentement mutuel. L'analogie se réduit donc à ceci, c'est qu'à un mal qui rend la vie commune insupportable le législateur religieux et le législateur civil ont cherché un remède. Mais les deux remèdes diffèrent du tout au tout : l'un maintient le mariage, l'autre le rompt. Cette différence domine toute la matière et elle exclut toute analogie. Dès lors, il est très-chanceux de raison-

(1) Valette, *Explication sommaire du livre Ier du code civil,* p. 138.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon* t. IV, p. 464 et suiv., nos 364 et 365.

ner d'un cas à un autre par identité de motifs. Ce procédé aboutit nécessairement à faire la loi. Qui nous garantit, en effet, que les raisons analogiques auraient décidé le législateur, alors que les deux institutions avaient, à ses yeux, une valeur très-différente? Il préférait le divorce, il n'a admis la séparation de corps que malgré lui, en cédant à des croyances qu'il considérait comme des préjugés.

Les vrais principes, en matière d'interprétation des lois, conduisent à une règle différente. Il n'y a pas d'analogie entre le divorce et la séparation de corps; donc on ne peut raisonner d'un cas à un autre par identité de motifs. C'est dans l'institution qu'il s'agit d'interpréter, qu'il faut chercher les raisons de décider. Il n'y a qu'un cas où l'application analogique des dispositions sur le divorce soit admissible : c'est quand ces dispositions ne font que consacrer des principes généraux de droit ou des conséquences qui découlent de ces principes. Si la doctrine et la jurisprudence sont allées plus loin, c'est qu'il y a souvent lacune et que l'on ne sait comment la combler. Cela confirme ce que nous venons de dire; sous forme d'interprétation analogique, les interprètes font réellement la loi en cette matière.

SECTION II. — Des causes de la séparation de corps.

§ Ier. *Des causes déterminées et du consentement mutuel.*

314. L'article 306 porte : « Dans les cas où il y a lieu à la demande en divorce pour cause déterminée, il sera libre aux époux de former demande en séparation de corps. » En ce point donc il y a analogie légale, et l'on doit par conséquent appliquer à la séparation de corps tout ce que nous avons dit du divorce pour cause déterminée (1). L'article 307 ajoute que la séparation ne peut avoir lieu par le consentement mutuel des époux. Voilà une différence radicale, et elle prouve que le législateur ne se décide pas en cette matière par des motifs d'analogie.

(1) Voyez, plus haut, nos 179-197, p. 218-234.

Quand on lit l'Exposé des motifs de Treilhard, on s'aperçoit qu'il est très-embarrassé pour expliquer cette différence considérable que le code civil met entre le divorce et la séparation de corps. Il dit que la procédure du divorce par consentement mutuel a été hérissée de difficultés et de sacrifices, pour faire tomber une action que l'on ne doit pas admettre, si elle n'est pas nécessaire; tandis que l'action en séparation est une action ordinaire qui se poursuit comme toutes les autres et dont les formes, par conséquent, n'auraient offert aucune garantie contre les abus de cette cause. L'orateur du gouvernement en conclut que la séparation par consentement mutuel aurait été une large porte entièrement et toujours ouverte au caprice, à la légèreté, sans aucune espèce de préservatifs contre leurs effets (1). Singulière conclusion! Il fallait conclure, au contraire, que l'abus étant à craindre, dans le cas de séparation comme dans le cas de divorce, il convenait de prescrire les mêmes formes comme garantie contre l'abus. L'analogie était évidente ici; et cependant le législateur n'en a pas voulu!

Les auteurs sont tout aussi embarrassés que Treilhard. Duranton discute longuement les raisons que l'on a données pour justifier la différence que l'article 307 établit entre le divorce et la séparation de corps; il les combat toutes; mais, chose singulière, celle qu'il propose est encore plus mauvaise que celles qu'il rejette. A quoi bon, dit-il, organiser une longue procédure pour permettre aux époux de vivre séparément alors qu'ils sont d'accord? Ne sont-ils pas libres de rompre la vie commune? Pourquoi demanderaient-ils à la justice ce qu'ils peuvent faire de leur propre volonté (2)? M. Valette abonde dans ce sentiment. « Le principal motif, dit-il, pour lequel la séparation de corps par consentement mutuel n'a pas été permise, c'est qu'elle était inutile. En effet, si les époux veulent seulement vivre séparés, ils le peuvent sans recourir à

(1) Treilhard, Discours prononcé dans la séance du Corps législatif du 23 ventôse an XI, n° 6 (Locré, t. II, p. 609).
(2) Duranton, *Cours de droit français*, t. II, p. 481-486, n°s 529-531.

l'intervention de la justice (1). » Comment des jurisconsultes peuvent-ils tenir un pareil langage? Quoi! les époux sont libres de vivre séparément dès qu'ils le veulent! Et que devient donc l'obligation de la vie commune consacrée par le code Napoléon (art. 214)? Si la vie commune est une obligation, la séparation volontaire est par cela même nulle, radicalement nulle, parce que c'est une convention qui déroge à une loi d'ordre public. Cela est élémentaire, et il est presque inutile d'ajouter que la jurisprudence a consacré ces principes (2). Il est vrai que parfois des époux conviennent de vivre séparément, mais ces conventions n'ont aucune valeur; le jour même où elles interviennent, l'un des époux peut forcer l'autre à rétablir la vie commune. Et c'est là la séparation qui rendrait inutile la séparation judiciaire par consentement mutuel! La séparation prononcée en justice aurait donné aux époux le droit de vivre séparément; c'est là l'objet de la séparation de corps. C'est donc une hérésie juridique d'affirmer que la séparation volontaire tient lieu de la séparation de corps.

Proudhon a donné une raison historique de l'anomalie consacrée par l'article 307 du code Napoléon. La séparation de corps a été établie par l'Eglise catholique; mais le droit canon ne l'admettait que pour causes déterminées et non par le consentement mutuel des époux. C'est par respect pour la liberté de conscience que les auteurs du code civil l'ont rétablie, car le législateur révolutionnaire l'avait abolie. Dès lors ils devaient la maintenir telle que l'Eglise l'avait organisée; ils devaient donc repousser la séparation par consentement mutuel (3). La raison est assez plausible, mais elle n'est pas décisive; permettre la séparation par consentement mutuel, ce n'est pas forcer les catholiques à la demander pour cette cause. D'ailleurs la séparation par consentement que le droit canon repoussait, c'était la séparation qui n'avait d'autre motif que la volonté des époux. Telle n'est pas la pensée qui a présidé

(1) Valette sur Proudhon, *De l'état des personnes*, t. I[er], p. 534, note *a*.
(2) Voyez les arrêts dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n[os] 14 et 15.
(3) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I[er], p. 532.

au divorce par consentement mutuel; telle n'eût donc pas été la séparation par consentement mutuel; c'eût été une séparation pour une cause légitime, mais que les époux ont intérêt à cacher.

Il n'y a, en définitive, qu'une seule raison qui explique, mais sans la justifier, la disposition de l'article 307. Treilhard l'a déjà indiquée. La séparation de corps emporte séparation de biens. Si elle pouvait se faire par consentement mutuel, deux époux de mauvaise foi en pourraient abuser pour frauder les droits de leurs créanciers. Cela suppose que les créanciers n'ont pas le droit d'intervenir dans l'instance en séparation de corps. Mais qu'est-ce qui empêchait le législateur de leur donner le droit d'intervenir, afin de prévenir des séparations frauduleuses? Ils auraient été admis, non à combattre la séparation véritable, mais la séparation demandée en fraude de leurs droits. Il n'y avait rien en cela de contraire aux principes.

Maintenant on comprendra l'embarras des auteurs à justifier l'article 307. Ils ne pouvaient pas donner de bonne raison, puisqu'il n'y en a pas. Il faut dire plus. Dès que l'on admettait le divorce par consentement mutuel, il fallait, à plus forte raison, autoriser la séparation de corps pour cette cause. Le législateur suppose que, quand les époux demandent le divorce par consentement mutuel, quand ils se soumettent aux formalités et aux sacrifices qu'il leur impose, il existe une cause légitime de rompre le mariage ; mais l'intérêt des époux, l'intérêt des enfants et de la famille exige que cette cause reste cachée. Est-ce que des époux qui demandent la séparation de corps ne seraient pas intéressés à cacher la vraie cause pour laquelle ils veulent, ils doivent rompre la vie commune? Leur intérêt est bien plus grand, puisque le mariage subsiste; si donc il y a un fait honteux, criminel, il affecte plus profondément des époux séparés que des époux divorcés. La société est encore plus intéressée à ce que les causes de la séparation restent ignorées du public; en effet, elle espère, elle désire que les époux simplement séparés rétablissent la vie commune. Et comment veut-on

que les époux se réunissent, lorsque la publicité a envenimé leurs dissensions, lorsqu'elle a rendu leur haine irréconciliable? N'est-ce pas une preuve évidente que le législateur ne procède pas en cette matière par identité de raison?

315. Les causes déterminées pour lesquelles le divorce et la séparation de corps peuvent être demandés étant les mêmes, les époux ont le choix d'intenter l'action en divorce ou l'action en séparation. Une fois l'action intentée, leur choix est fait; peuvent-ils encore, après cela, revenir sur leur demande et la changer? Nous ne voyons aucun principe qui s'y oppose en théorie. On objecte l'adage qui dit que celui qui choisit une des voies que la loi lui offre, renonce à l'autre (1). Nous répondons que la renonciation implique une déchéance; et pour prononcer une déchéance, il faudrait un texte de loi. D'ailleurs la renonciation ne se comprend même pas; on ne renonce pas à un droit qui tient à l'ordre public. Il faut donc admettre qu'une demande en divorce peut se convertir en une demande en séparation de corps, et réciproquement. Mais dans l'application du principe, nous rencontrons une difficulté. La procédure en divorce est toute spéciale, tandis que la procédure en séparation est régie par le droit commun. On conçoit donc que l'action en divorce soit convertie, en tout état de cause, en une action en séparation de corps, puisque c'est revenir au droit commun (2). Mais si l'époux a demandé la séparation de corps, il ne peut pas convertir cette demande en une action en divorce, puisqu'il abandonne le droit commun pour entrer dans une voie exceptionnelle; il faut qu'il se désiste de sa première action pour en intenter une nouvelle.

Nous supposons que l'instance est encore pendante. S'il était intervenu un jugement qui admette la demande ou qui la rejette, dans ce cas il ne pourrait plus s'agir de la changer. Est-elle rejetée, il est décidé qu'il n'y a pas de cause déterminée qui autorise le divorce, et par cela même

(1) *Electa una via, excluditur altera* (Arntz, *Cours de droit civil*, t. Ier, p. 231, n° 445).
(2) Arrêt de Liége du 21 février 1850 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 187).

la séparation de corps, puisque les deux actions ont une cause identique. Est-elle admise, le débat est terminé, il n'y a plus de demande, on ne peut donc pas la changer. Il y a cependant une différence entre le divorce et la séparation. Le divorce est la dissolution du mariage; la séparation laisse subsister le mariage; il peut se produire, pendant la séparation, une cause nouvelle qui autorise l'époux séparé à demander le divorce (1). La cour d'Aix avait jugé en sens contraire, en invoquant une de ces maximes banales qui le plus souvent conduisent à l'erreur : elle disait que la séparation de corps avait été établie pour tenir lieu du divorce à ceux dont la conscience n'admet pas la dissolubilité du mariage : que, d'après l'esprit et la lettre du code, le divorce et la séparation étaient deux voies parallèles qui ne pouvaient jamais se rencontrer: qu'ainsi l'époux qui avait opté pour la séparation de corps avait renoncé à user de la loi du divorce. Cet arrêt fut cassé. La cour ne s'était pas aperçue qu'elle créait une fin de non-recevoir qu'aucune loi n'établissait. Quant à la maxime qu'elle invoquait, elle était excellente pour les anciennes causes qui avaient servi de base à la première demande, mais elle ne pouvait être opposée au mari dont la femme séparée se livrait à de nouveaux débordements et compromettait l'honneur de son nom. C'est l'inconvénient de la séparation de corps; il n'y a d'autre remède au mal que le divorce (2).

316. Du principe que les causes de la séparation et du divorce sont identiques, suit encore que l'on doit appliquer à la preuve des faits sur lesquels repose la demande en séparation, ce que nous avons dit des preuves en matière de divorce. Ainsi, notamment, l'aveu du défendeur ne peut pas être invoqué par l'époux demandeur en séparation, à moins qu'il n'y ait d'autres preuves à l'appui : le simple aveu pourrait en effet conduire à une séparation par consentement mutuel, que le code civil prohibe formellement. Faut-il étendre cette décision à la preuve testi-

(1) Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. Ier, p. 283 et suiv.
(2) Arrêt de la cour de cassation du 16 décembre 1811 (Merlin, *Répertoire*, au mot *Divorce*, section IV, § 17, t. VIII, p. 245).

moniale, telle que le code Napoléon l'organise au chapitre du divorce? L'article 251 déroge au droit commun, en décidant que les parents et les domestiques ne sont pas reprochables en raison de cette qualité. C'est une disposition exceptionnelle : est-il permis de l'appliquer à la séparation, par voie d'analogie? Sans doute il y a, en ce cas, même raison de décider; mais les exceptions ne s'étendent pas par voie d'analogie. Cependant la doctrine et la jurisprudence sont unanimes à admettre cette extension. Nous croyons que c'est ici un des cas où il y a lacune dans la loi, lacune que le législateur seul pourrait combler. Proudhon a essayé de justifier l'opinion générale. Le demandeur en séparation, dit-il, avait le droit d'intenter pour la même cause une action en divorce; s'il avait agi en divorce, il aurait pu faire entendre comme témoins ses parents et ses domestiques ; il doit conserver le même droit s'il opte pour la séparation de corps. Qui ne voit que Proudhon confond les causes avec la procédure? Les causes sont les mêmes, mais la procédure diffère. Dès lors ne faut-il pas appliquer l'article 307, aux termes duquel la demande en séparation doit être instruite de la même manière que toute autre action civile? On cherche à écarter cette disposition en disant que la qualité des témoins tient au fond plutôt qu'à la forme. C'est une de ces subtilités que l'on imagine pour le besoin de la défense : les reproches des témoins sont certes une question de procédure, comme toutes les règles établies pour les enquêtes (1). Avouons-le, la force des choses a conduit les interprètes à se faire législateurs.

317. L'on admet encore que les fins de non-recevoir établies en matière de divorce par les articles 272-274 s'appliquent à la séparation de corps. Nous le croyons aussi, non pas, comme on le dit, parce que l'intention du législateur aurait été d'étendre à la séparation ce qu'il dit du divorce; car nous ne voyons nulle part une trace de cette intention. On invoque l'article 306, qui permet à

(1) Proudhon, t. Ier, p. 539 et suiv. Arrêt de la cour de cassation du 8 mai 1810 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 244). Arrêt de Bruxelles du 18 mai 1858 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 423).

l'époux de demander la séparation pour les mêmes causes qui autorisent la demande en divorce; mais autre chose sont les causes, autre chose sont les fins de non-recevoir (1). C'est dans la nature des fins de non-recevoir que nous devons chercher la raison de décider. Il s'agit de la réconciliation qui éteint l'action, parce qu'elle efface l'injure, fondement de l'action. Ce principe découle de la nature du pardon; c'est donc un principe général que les articles 272-274 n'ont fait qu'appliquer au divorce, et que l'interprète aurait pu appliquer, quand même ces dispositions ne se trouveraient pas dans le code civil. Dès lors l'application du même principe à la séparation de corps ne peut souffrir aucun doute. Par la même raison, il faut appliquer à la séparation de corps ce que nous avons dit de la prescription et de la compensation en matière de divorce (2).

SECTION III. — Des mesures provisoires et conservatoires.

318. Le code Napoléon contient une section spéciale sur les mesures provisoires auxquelles peut donner lieu la demande en divorce pour cause déterminée. Au chapitre de la séparation de corps, il n'est rien dit de ces mesures. Le code de procédure a comblé en partie la lacune, en ce qui concerne la résidence provisoire de la femme et la provision à laquelle elle a droit pendant la durée de l'instance (art. 878). Que faut-il dire des autres mesures autorisées par le code civil dans le procès en divorce? D'après les principes, la question est très-simple. Quand les mesures provisoires ou conservatoires sont l'application du droit commun, il va sans dire qu'elles s'appliquent aussi à la séparation; mais du moment qu'elles dérogent aux principes généraux, on ne peut les étendre d'un cas à un

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. III, p. 360, note 4, § 492. Demolombe, t. IV, p. 508, nº 402. La jurisprudence admet aussi l'application des articles 272-274 à la séparation de corps. Voyez, outre les arrêts cités dans Dalloz (au mot *Séparation de corps*, nºs 204 et suiv.), les arrêts de Bruxelles du 9 août 1849 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 173) et du 10 décembre 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 249).
(2) Voyez, plus haut, nºs 208-214, p. 247-254.

autre, fût-ce par voie d'analogie. C'est une règle élémentaire d'interprétation. Toutefois l'on s'en est écarté, en matière de séparation, toujours pour combler des lacunes qu'à la rigueur il n'appartient pas à l'interprète de combler. Il importe d'en faire la remarque, afin d'éviter l'erreur dans laquelle la jurisprudence a fini par tomber, en assimilant complétement le divorce et la séparation de corps, et en appliquant presque indistinctement à la séparation ce que le législateur a dit du divorce. Nous comprenons que la nécessité ait fait dépasser au juge les bornes de son pouvoir; mais que l'interprète s'arrête au moins dans la limite de la nécessité.

§ Ier. *Résidence provisoire de la femme.*

319. L'article 878 du code de procédure dit que le président autorisera la femme à se retirer provisoirement dans telle maison dont les parties seront convenues, ou qu'il indiquera d'office. Il a été jugé que cette disposition s'applique à la femme défenderesse aussi bien qu'à la femme demanderesse (1). Le motif est évidemment le même dans les deux cas. Quant au texte, il parle, il est vrai, de la femme qui est autorisée à *procéder sur la demande*; mais ces expressions ne signifient pas la femme demanderesse, elles sont relatives à l'autorisation dont la femme a besoin pour ester en justice, soit qu'elle intente l'action, soit qu'elle y défende. Dans l'instance en divorce, c'est le tribunal qui indique la maison dans laquelle la femme sera tenue de résider. Le code de procédure donne ce pouvoir au président, ce qui est plus logique, la mesure étant urgente de sa nature. On demande si l'ordonnance du président est sujette à appel. La question est controversée; comme elle est du domaine de la procédure, nous nous bornerons à constater l'opinion qui paraît l'emporter dans

(1) Arrêt de la cour de cassation du 26 mars 1828 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 133).

la jurisprudence et qui nous semble aussi la plus juridique. En règle générale, l'ordonnance du président n'est pas sujette à appel, parce que c'est un acte de juridiction gracieuse; mais la décision devient litigieuse quand elle a été contestée par l'une des parties; si, par exemple, le président expulse le mari de la maison conjugale; or, dès qu'il y a litige, l'appel est de droit(1). Il n'est pas contesté que le président puisse prendre, dans l'instance en séparation, les mesures que le tribunal peut prendre dans l'instance en divorce. Il peut donc maintenir la femme dans la maison conjugale et assigner une autre résidence au mari. Mais comme ces mesures dérogent, à certains égards, à la puissance maritale, il est juste que le mari puisse interjeter appel.

320. Bien que le code de procédure accorde au président le pouvoir de fixer une résidence à la femme, il est certain que le tribunal a aussi ce droit. Il se peut que les parties n'aient pas demandé qu'une résidence provisoire soit indiquée à la femme; il est même arrivé que le président a refusé de statuer sur la demande de la femme. Si la vie commune, dans ces cas, présente des inconvénients ou des dangers, il faut naturellement que le tribunal intervienne (2). Il y a plus : ces mesures, par leur nature, sont provisoires et par conséquent sujettes à modification. Le tribunal peut donc, dans le cours de l'instance, indiquer un autre domicile à la femme si les circonstances l'exigent (3).

321. Le président, en autorisant la femme à se retirer dans la résidence qu'il lui indique, ordonne en même temps de lui remettre les effets qui sont à son usage journalier. Quant aux demandes en provision, l'article 878 veut qu'elles soient portées à l'audience. Il faut appliquer ici tout ce que nous avons dit de la provision dans l'instance

(1) Arrêt de Gand du 9 juin 1866 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 279). Arrêt de la cour de cassation du 15 février 1859 (Dalloz, 1859, 1, 201). Arrêt très-bien motivé de la cour de Colmar du 23 mai 1860 (Dalloz, 1860, 2, 200). Il y a des arrêts en sens contraire (Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, n° 144).

(2) Arrêt de Paris du 2 août 1841 (Dalloz, 1849, 2, 45, en note).

(3) Arrêt de Douai du 6 avril 1853 (Dalloz, 1856, 2, 145).

en divorce. C'est l'application des principes généraux qui régissent les aliments (1).

322. L'article 269 porte que la femme demanderesse en divorce est tenue de justifier de sa résidence dans la maison que le tribunal lui a indiquée, et qu'à défaut de cette justification, le mari pourra refuser la provision alimentaire et la faire déclarer non recevable à continuer ses poursuites. On demande si cette disposition est applicable en matière de séparation de corps. La question est très-controversée, et en doctrine et en jurisprudence (2). Nous n'hésitons pas à enseigner la négative. L'article 269 établit une double sanction. Nous parlerons d'abord de la fin de non-recevoir que le mari peut opposer à la femme. Elle concerne uniquement la continuation des poursuites, donc c'est une question de procédure. Or, l'article 307 dit que la demande en séparation est soumise aux règles générales prescrites pour toutes les actions civiles. C'est donc dans le code de procédure qu'il faut chercher exclusivement les fins de non-recevoir ; or, ce code n'en établit aucune contre la femme qui quitte la résidence à elle assignée par le président. Cela décide la question. Vainement dit-on que l'obligation imposée à la femme de résider dans la maison indiquée sera sans sanction. Eh ! qu'importe? Il ne s'agit pas de savoir s'il doit y avoir une sanction, tout ce que l'interprète a à voir, c'est si le législateur en a établi une. Or, non-seulement l'article 878 du code de procédure ne contient pas de sanction, mais on ne peut pas même dire qu'il prescrive une obligation. Mettons en regard les termes de l'article 878 et ceux des articles 268 et 269. Ceux-ci disent que le tribunal indiquera la maison dans laquelle la femme sera *tenue* de résider, et que la femme sera *tenue* de justifier de sa résidence : suit la sanction. Tandis que l'article 878 dit simplement que le président *autorisera* la femme à se retirer provisoirement dans telle maison dont les parties seront convenues ou qu'il indiquera d'office. Ainsi il s'agit d'une simple autorisation ;

(1) Voyez, plus haut, nos 260-264, p. 300-303.
(2) Voyez les sources dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, nos 231 et 232.

une autorisation ne se sanctionne pas; aussi n'y a-t-il pas un mot dans l'article 878 qui ressemble à une sanction. Vainement objecte-t-on que c'est la même ordonnance qui autorise la femme à procéder et à se retirer dans la maison indiquée, que par suite la permission de procéder est conditionnelle, qu'elle n'est accordée que sous la condition de la résidence. Nous répondrons que la loi ne parle pas de condition, pas plus que d'obligation. On invoque l'esprit de la loi : il faut, dit-on, que le mari puisse surveiller sa femme; si elle se soustrait à sa surveillance, elle manque à son devoir. Cela est vrai, mais cela s'adresse au législateur : demandez-lui une sanction, mais n'en créez point (1).

L'article 269 dit aussi que le mari pourra refuser la provision alimentaire, si la femme ne justifie pas de sa résidence dans la maison indiquée. Cette sanction pas plus que l'autre ne peut être prononcée contre la femme dans l'instance en séparation de corps. Il y a cependant un motif de douter. Ne peut-on pas dire que la résidence indiquée par le président tient lieu de maison conjugale à la femme? Or, quand elle quitte la maison conjugale, elle ne peut pas réclamer d'aliments. Nous répondons que l'assimilation est trop absolue : la femme ne peut jamais quitter le domicile du mari; tandis qu'elle peut avoir de bonnes raisons pour quitter la résidence qui lui a été assignée. Mais qu'elle ait de bonnes raisons ou non, la loi ne prononce pas de sanction : cela décide la question (2).

§ II. *Des mesures conservatoires.*

323. L'article 270 permet à la femme demanderesse ou défenderesse en divorce de requérir, pour la conserva-

(1) La jurisprudence des cours de Belgique est unanime en faveur de cette opinion. Arrêts de Bruxelles du 14 octobre 1820 (*Pasicrisie*, 1820, p. 208), du 20 octobre 1848 (*Pasicrisie*, 1850, 2, 358), du 9 août 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 310); de Liége du 9 juillet 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 358); de Gand du 9 décembre 1864 (*Pasicrisie*, 1865, 2, 66).

(2) Arrêt de Bruxelles du 13 octobre 1821 (*Pasicrisie*, 1821, p. 464). En sens contraire, arrêt de Bordeaux du 8 août 1867 (Dalloz, 1867, 5, 391, n° 7).

tion de ses droits, l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté. On demande si la femme a le même droit dans l'instance en séparation de corps. L'affirmative est admise unanimement par la doctrine et par la jurisprudence (1). Cette opinion se fonde sur la prétendue analogie qui existe entre le divorce et la séparation. Le législateur, dit la cour de Lyon, a placé la demande en séparation de corps sur la même ligne que la demande en divorce pour cause déterminée, en ménageant la première voie à ceux qui répugneraient à user de la seconde; de là elle conclut que toutes les dispositions sur le divorce, applicables à la séparation, sont communes aux deux institutions (2). Nous n'admettons pas le principe, nous devons donc rejeter la conséquence. L'article 270 ne consacre pas une mesure de droit commun; il déroge, au contraire, aux droits du mari comme chef de la communauté, droits auxquels les époux ne peuvent pas même déroger par contrat de mariage (art. 1388). En effet, aux termes de l'article 270, le mari est obligé de faire inventaire, et il doit représenter les choses inventoriées, ou répondre de leur valeur comme gardien judiciaire. Il résulte de là que le mari perd le droit de disposer des effets mobiliers de la communauté, droit qu'il a comme chef. C'est une atteinte indirecte à la puissance maritale. Si le mari peut être privé de son droit de disposition, à plus forte raison le tribunal peut-il lui enlever l'administration. C'est ce qu'a décidé la cour de Douai (3). Certes voilà des mesures tout à fait exorbitantes du droit commun. Sans doute, le législateur aurait pu les autoriser, il aurait même dû le faire, pour empêcher le mari de ruiner la femme et les enfants. Mais ce qu'il aurait pu et dû faire, il ne l'a pas fait. La difficulté se réduit donc à savoir si l'interprète peut combler la lacune dans une matière qui touche à l'ordre public, puisque la puissance maritale est en cause.

(1) Voyez les auteurs et les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 159). M. Valette seul dit que l'opinion générale est douteuse (Note sur Proudhon, *De l'état des personnes*, t. I[er], p. 537).
(2) Arrêt de Lyon du 1[er] avril 1854 (Dalloz, 1856, 2, 241).
(3) Arrêt du 6 avril 1853 (Dalloz, 1856, 2, 145).

Ainsi posée, la question doit certes être décidée négativement. Si les tribunaux se sont prononcés en faveur de la femme, c'est que la nécessité, la puissance des faits les a entraînés. Mais cette raison même n'est pas décisive. Car tout le monde admet que la femme peut demander la séparation de biens concurremment avec la séparation de corps, et dans l'instance en séparation de biens, les mesures conservatoires sont de droit.

324. On s'est emparé de l'article 869 du code de procédure, qui consacre ce principe, pour soutenir que la femme peut, dans l'instance en séparation de corps, provoquer des mesures conservatoires autres que celles qu'autorise le code civil et plus efficaces. En effet, dit-on, la séparation de corps emporte séparation de biens; donc toute demande en séparation de corps est une demande en séparation de biens, et partant il y a lieu à appliquer l'article 869 (1). Nous répondons que c'est une nouvelle confusion de deux institutions essentiellement diverses. Qui peut demander la séparation de biens? La femme seule. Quand donc le mari agit en séparation de corps, dira-t-on que son action tend à la séparation de biens qu'il n'a pas même le droit de demander? Et si l'action du mari ne tend pas à la séparation de biens, celle de la femme n'y tend pas davantage, puisque c'est une seule et même action. Si la séparation de corps entraîne la séparation de biens, c'est pour une tout autre raison que celle qui autorise l'action directe en séparation de biens. La dissolution de la vie commune, quant aux personnes, doit aussi amener la dissolution de leur société de biens. Tandis que la séparation de biens a pour cause le désordre des affaires du mari; les mesures conservatoires autorisées par l'article 869 ont pour but d'empêcher la ruine de la femme; leur but est donc tout autre que celui que le législateur a eu en vue dans l'article 270. Ce n'est pas à raison du désordre des affaires du mari que le code civil permet à

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 574, n° 465. Cette opinion est suivie par la jurisprudence. Voyez arrêts de Gand du 7 février 1851 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 75) et de Liége du 25 février 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 399).

la femme certains actes conservatoires, c'est à raison des mauvaises passions dont les époux sont animés. Comment peut-on confondre deux ordres de choses aussi différents?

325. L'article 271 donne à la femme l'action en nullité contre les actes que le mari a faits en fraude de ses droits. Cette disposition est-elle applicable à la séparation de corps? Oui et sans doute aucun, puisqu'elle ne fait qu'appliquer au divorce un principe de droit commun, celui de l'action paulienne. Entendu en ce sens, l'article 271 est même inutile. On ne peut donc en tirer aucun argument contre la femme demanderesse ou défenderesse en séparation de corps.

§ III. *Des enfants.*

326. Aux termes de l'article 267, l'administration provisoire des enfants restera au mari demandeur ou défendeur en divorce. Il est évident, comme le dit M. Demolombe, que cette disposition est applicable à l'instance en séparation de corps, puisqu'elle ne fait que maintenir la puissance maritale. L'article 267 ajoute : « A moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal, pour le plus grand avantage des enfants. » Cette seconde partie de l'article est-elle aussi applicable à la séparation de corps? L'affirmative est universellement admise. Si nous combattons l'opinion générale, c'est pour l'honneur des principes. On convient que la disposition est une exception au droit commun. Mais, dit-on, cette exception est si morale, si nécessaire, qu'il faut, sans hésiter, l'étendre à la demande en séparation de corps (1). Nous demanderons depuis quand les tribunaux ont le pouvoir de déroger aux lois d'ordre public, au nom de la morale ou de la nécessité. L'arti-

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 561, n° 451. Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 122. La jurisprudence des cours de Belgique est dans le même sens (arrêts de Bruxelles du 15 juillet 1848 et du 13 août 1868, *Pasicrisie*, 1849, 2, 177, et 1868, 2, 320).

cle 267 le leur permet en matière de divorce; étendre cette exception à la séparation de corps, c'est faire la loi sous forme d'application extensive. Cela ne se peut pour les exceptions; et certes il n'y en a pas de plus graves que celles qui portent atteinte à la puissance paternelle. Au point de vue des principes, cela décide la question. Quant aux considérations morales que l'on fait valoir contre le père, et en faveur des enfants, nous sommes loin de les contester; mais elles s'adressent au législateur. Chose remarquable! Il s'est occupé des mesures provisoires concernant la femme (code de proc., art. 878), et il ne dit rien des enfants. Ce silence n'est-il pas significatif? N'est-ce pas dire que la séparation de corps laissant subsister le mariage, le mari conservant la puissance maritale, doit aussi conserver la puissance paternelle? Toujours est-il qu'il faudrait un texte pour autoriser les tribunaux à modifier la puissance paternelle, et c'est pour rappeler les interprètes au respect des textes que nous insistons sur des questions définitivement décidées par la doctrine et par la jurisprudence.

SECTION IV. — De la procédure.

§ Ier. *De la demande en séparation.*

327. L'article 307 porte que la demande en séparation de corps sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile. Cette disposition est une nouvelle preuve que le législateur ne procède pas, en matière de séparation de corps, par voie d'analogie de ce qu'il a décidé en matière de divorce. Il a hérissé la procédure en divorce de difficultés, de lenteurs, d'obstacles, afin d'amener les époux à une réconciliation. Importait-il moins de les réconcilier quand ils demandent la séparation de corps? Si la séparation est le divorce des catholiques, faut-il favoriser ce divorce en facilitant la demande en séparation? Quand il s'agit d'une action en divorce, la loi veut que les débats restent secrets aussi longtemps que

possible, parce que trop souvent la publicité donnée à l'offense, au déshonneur, rendrait toute réconciliation impossible. La même raison n'existait-elle pas et plus forte pour tenir les débats secrets, quand les époux demandent la séparation de corps? On peut toujours espérer la réconciliation des époux séparés, puisqu'ils sont libres de la faire cesser en se réunissant. N'était-ce pas une raison décisive pour entourer l'instruction d'un secret impénétrable? Cependant le législateur rentre ici dans le droit commun ; donc ce n'est pas le même esprit qui l'inspire. Ce ne sont plus les exceptions qu'il veut appliquer, ce sont les principes généraux. Que le législateur ait eu raison ou tort de le faire, peu importe, il l'a fait; ce qui témoigne contre l'esprit qu'on lui suppose, et contre le principe d'interprétation que les auteurs et la jurisprudence suivent, principe que l'on prétend fondé sur l'esprit de la loi.

L'article 307 a été modifié par le code de procédure, qui contient quelques dispositions spéciales dans un titre consacré à la séparation de corps (art. 875-880). Ces dispositions sont empruntées à la procédure en divorce, notamment la tentative en conciliation et les mesures provisoires dont nous avons déjà parlé. Le code de procédure reconnaît donc qu'il y a une certaine analogie entre les deux actions, mais il la limite aux points qu'il définit. Si l'intention du législateur avait été de l'étendre à tous les points, ne l'aurait-il pas dit? Dans l'état actuel de la législation, les articles 875-880 sont des exceptions au principe posé par l'article 307 du code civil, et partant de stricte interprétation (1).

328. La loi ne dit pas devant quel tribunal l'action en séparation doit être portée. On peut appliquer ici par analogie l'article 234, parce qu'il est l'application d'un principe général : la demande doit être formée au tribunal de l'arrondissement dans lequel les époux ont leur domicile. Si la femme est demanderesse, la chose est évidente; elle l'est encore quand le mari est demandeur, il doit porter sa demande devant le tribunal du domicile de

(1) Arrêt de Gand du 9 janvier 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 2, 8).

la femme défenderesse; or, la femme ne peut avoir d'autre domicile que celui du mari. D'après le droit commun, la femme doit être autorisée pour agir en justice. Nous avons déjà dit que, dans l'instance en séparation, l'ordonnance que le président rend, après l'essai de conciliation, tient lieu d'autorisation; l'article 878 du code de procédure dit formellement que le président « autorise la femme à procéder sur la demande, » sans distinguer si elle est demanderesse ou défenderesse. On conçoit que l'autorisation, en cette matière, est de pure forme; le président ne peut pas la refuser, puisque la femme use d'un droit que la loi lui donne, et pour l'exercice duquel elle ne pouvait certes pas s'adresser à son mari. Toutefois l'autorisation a des conséquences très-importantes. C'est ici le cas d'appliquer le principe que la femme autorisée à poser un acte juridique, est par cela même capable de faire tous les actes qui en dépendent (1). La femme autorisée à plaider en séparation de corps peut donc faire tous les actes qui sont une conséquence de la demande et par suite du jugement. Il va sans dire qu'elle peut, sans autorisation nouvelle, prendre les mesures conservatoires que la loi admet (2), qu'elle peut par conséquent poursuivre l'exécution du jugement qui lui accorde une provision (3). La femme peut encore poursuivre l'exécution du jugement qui prononce la séparation, dans toutes ses dispositions, celles qui concernent les enfants (4) comme celles qui concernent les biens (5). La jurisprudence est unanime sur tous ces points.

329. D'après le droit commun, les parties doivent comparaître en conciliation devant le juge de paix. L'article 878 du code de procédure les dispense du préliminaire de conciliation, dans le procès en séparation. Cela ne fait aucun doute, malgré une virgule mal placée qui pourrait faire croire le contraire. La raison en est simple. Il y a

(1) Voyez, plus haut, nos 143 et suiv., p. 179.
(2) Arrêt de Liége du 25 février 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 299). Arrêt de Lyon du 1er avril 1854 (Dalloz, 1856, 2, 241).
(3) Arrêt de Bruxelles du 28 mars 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 109).
(4) Arrêt de la cour de cassation du 8 novembre 1864 (Dalloz, 1865, 1, 388).
(5) Arrêt de Bruxelles du 27 mars 1858 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 242).

une tentative de conciliation devant le président du tribunal, magistrat qui, on l'espère, aura plus d'influence sur les époux. L'époux qui veut se pourvoir en séparation de corps doit présenter au tribunal de son domicile requête contenant sommairement les faits; cette requête est répondue d'une ordonnance portant que les parties comparaîtront devant le président au jour qu'il indique. Les époux sont tenus de comparaître en personne, sans pouvoir se faire assister ni d'avoués ni de conseils (art. 875-877). Aux termes de l'article 878, le président doit faire aux époux les représentations qu'il croira propres à opérer un rapprochement. S'il ne peut y parvenir, il rend une seconde ordonnance portant qu'attendu qu'il n'a pu concilier les parties, il les renvoie à se pourvoir, sans citation préalable au bureau de conciliation.

330. La comparaison de ces dispositions avec celles que le code civil prescrit pour l'instance en divorce, prouve que le législateur se montre moins sévère pour la séparation de corps. Ainsi l'article 236 veut que le demandeur en personne présente sa requête au président, tandis que le code de procédure dit simplement que l'époux demandeur en séparation présentera requête; il a été décidé, par application du principe que nous venons de poser (n° 327), que l'on ne pouvait pas appliquer l'article 236 à la séparation de corps (1). L'analogie de position est cependant certaine; si le législateur procédait par analogie, il aurait dû ordonner que l'époux se présente en personne, afin que le président lui fasse, dès ce premier acte de la procédure, les observations qu'il croit convenables. Cette première tentative de conciliation est la plus importante, car une fois l'époux offensé en présence de l'époux coupable, on ne peut guère espérer que le magistrat parviendra à les concilier. Pourquoi, malgré des motifs de décider identiques, le législateur porte-t-il une décision différente? C'est sans doute parce que la séparation laisse subsister le lien du mariage, tandis que le divorce le rompt. N'en faut-il pas conclure, comme nous l'avons fait, que l'on ne

(1) Arrêt de Gand du 9 janvier 1840 (*Pasicrisie*, 1840, 2, 8).

peut appliquer à la séparation de corps ce que la loi dit du divorce?

Autre différence résultant des textes. L'article 236 porte : « Toute demande en divorce détaillera les faits. » Nous avons dit que la jurisprudence applique cette disposition avec une rigueur qui paraît excessive. L'article 877 du code de procédure se contente d'un exposé sommaire des faits ; et il a été jugé que l'on ne pouvait pas appliquer l'article 236 à la séparation de corps (1). On demande vainement la raison de cette différence, si l'on se place sur le terrain de l'analogie. Le défendeur en séparation ne doit-il pas connaître les faits aussi bien que le défendeur en divorce? La société n'est-elle pas intéressée à arrêter, à empêcher les séparations de corps aussi bien que les divorces? S'il était vrai que la séparation fût le divorce des catholiques, le législateur devrait ici appliquer à la séparation ce qu'il dit du divorce. Il ne le fait pas. N'en faut-il pas conclure que ce prétendu principe n'est point celui du code?

La jurisprudence, oubliant l'analogie qu'elle pose comme principe fondamental, procède comme le législateur : autant elle est sévère en matière de divorce, autant elle se montre indulgente quand il s'agit de la séparation de corps. Elle permet de préciser les faits dans le cours de l'instance (2); elle permet de présenter une nouvelle requête, dans laquelle le demandeur développe les faits qu'il a seulement indiqués dans la première (3); elle permet d'articuler des faits nouveaux survenus pendant l'instance; bien plus, elle permet d'invoquer des faits antérieurs à la demande, soit que le demandeur les ait ignorés, soit que pour une raison quelconque il ait négligé de les mentionner dans sa requête (4), toutes choses qu'elle ne permet pas dans l'instance en divorce. Nous admettons la doctrine consacrée par la jurisprudence ; nous avons même

(1) Arrêt de Bruxelles du 18 avril 1835 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 100).

(2) Arrêt de Douai du 9 avril 1825 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 100).

(3) Arrêt de Paris du 28 juillet 1809 (Dalloz, *ibid.*).

(4) Voyez les arrêts dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 103.

essayé d'appliquer le même principe au divorce (n° 227). Toujours est-il que la jurisprudence n'est pas fidèle au principe qui la guide généralement en cette matière; or, est-ce un principe que celui que l'on prend et qu'on laisse suivant les besoins de la cause?

Il a même été jugé que l'époux demandeur pouvait articuler de nouveaux faits en appel, soit anciens mais non indiqués dans la requête, soit arrivés pendant l'instance. Comme le dit très-bien la cour de Bordeaux, la demande en séparation de corps est soumise aux règles générales de procédure, et bien que l'article 875 du code de procédure prescrive d'indiquer sommairement les faits, aucune disposition de la loi ne s'oppose à ce que l'époux articule d'autres faits, fût-ce en appel : rejeter la preuve de ces faits, ce serait créer une fin de non-recevoir que les textes repoussent et que la raison certes n'avoue pas (1). On objecte que ce serait franchir et éluder en quelque sorte le premier degré de juridiction. L'objection confond la cause avec les moyens que les parties font valoir à l'appui de leurs prétentions. Ce n'est évidemment pas une nouvelle demande que l'époux produit en appel; dès lors pourquoi le demandeur ne pourrait-il pas invoquer un moyen nouveau? Tous les jours il arrive qu'en appel les parties changent leurs moyens d'attaque ou de défense; eh bien, un fait nouveau est comme un nouvel argument. Lorsque le fait nouveau est survenu depuis le jugement qui a rejeté la demande, il ne peut pas y avoir de doute, et la jurisprudence en admet la preuve en appel (2). Si, dans ce cas, on peut articuler des faits en appel, bien qu'ils n'aient pas été soumis au premier juge, pourquoi ne le pourrait-on pas si les faits sont antérieurs (3)?

331. L'article 868 du code de procédure prescrit la publicité des demandes en séparation de biens. Comme la séparation de corps emporte séparation de biens, on a sou-

(1) Arrêt de Bordeaux du 29 décembre 1829 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 104).

(2) Voyez les arrêts dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 305.

(3) Il y a des arrêts en sens divers (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 302).

tenu qu'elle devait aussi être rendue publique. Mais cette opinion n'a pas trouvé faveur, et avec raison. La demande en séparation de biens intéresse les tiers qui traitent avec les époux; dès lors elle devait être rendue publique. Tandis que l'objet direct de l'action en séparation de corps est de relâcher le lien du mariage; la publicité, loin d'être désirable, serait un obstacle à la réconciliation (1). Cela prouve que l'on ne peut pas appliquer à la demande en séparation de corps les principes qui régissent la séparation de biens, quoique la séparation de corps entraîne la séparation de biens; les deux actions ont un but différent, et par suite les dispositions du code civil et du code de procédure qui y sont relatives sont conçues dans un esprit différent. Nous avons déjà fait cette remarque, elle a son importance dans une matière où la doctrine et la jurisprudence vont chercher partout des raisons d'analogie. Nous verrons des conséquences de ce principe au titre du Contrat de mariage.

332. Sur la requête présentée par le demandeur, le président rend une ordonnance portant que les parties comparaîtront devant lui; le code de procédure veut que les époux comparaissent en personne, sans se faire assister ni d'avoués ni de conseils (art. 877). Cette défense de se faire assister de gens de loi est essentielle; elle a pour objet de soustraire les époux à toute influence étrangère, de les laisser à leurs propres impressions. En faut-il conclure qu'il y a nullité si l'un des époux ou tous les deux sont assistés de conseils? Non, car la loi ne prononce pas la nullité; or, l'instance en séparation de corps étant régie par le droit commun, il y a lieu d'appliquer la règle générale établie par l'article 1030 du code de procédure, d'après laquelle aucun acte de procédure ne peut être déclaré nul, si la nullité n'en est prononcée par la loi (2). C'est une nouvelle différence entre le divorce et la séparation. Dans la procédure en divorce, les tribunaux

(1) C'est l'opinion de presque tous les auteurs (ils sont cités dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 115). Il y a un arrêt dans ce sens de la cour de Bruxelles du 22 janvier 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 2, 117).
(2) Arrêt de Bruxelles du 9 août 1848 (*Pasicrisie*, 1848, 2, 310).

prononcent la nullité pour inobservation de la moindre formalité, toutes les formes étant considérées comme de rigueur, parce qu'elles tendent à entraver le divorce. L'analogie demanderait qu'il en fût de même dans l'instance en séparation; il est certain qu'il y a même raison, mais l'article 1030 ne permet pas de décider par identité de raison. Ainsi à chaque pas nous trouvons des différences entre les deux institutions, alors même que l'analogie les condamne. Ces différences, désavouées par l'analogie, condamnent en même temps la doctrine des auteurs et des arrêts qui admettent l'analogie comme principe de leurs décisions.

333. Si le demandeur ne comparaît pas, l'instance peut-elle continuer? Non, certes, car il est censé renoncer à l'action par cela seul qu'il fait défaut. Il en est autrement quand le défendeur ne comparaît pas; le président statuera par défaut. On peut objecter que, dans ce cas, la tentative de réconciliation devient impossible et que cette tentative est essentielle, puisque c'est la seule que la loi prescrit. Nous répondons que la tentative de réconciliation se fera dans les limites du possible; le président fera au demandeur telles observations qu'il juge convenables, puis il rendra son ordonnance, si l'époux persiste. On ne peut pas admettre qu'il dépende du défendeur d'empêcher l'action du demandeur, en ne comparaissant pas devant le président (1). Du reste, il faut encore une fois remarquer que la loi paraît attacher moins d'importance à cette comparution des parties, en cas de séparation qu'en cas de divorce. L'article 239 veut que le juge dresse procès-verbal, tandis que le code de procédure ne prescrit pas cette formalité; d'où suit qu'on ne peut pas l'exiger (2). Toujours des différences, malgré l'analogie complète de position.

334. Le code de procédure porte (art. 878) que si le président ne parvient pas à réconcilier les époux, il les renvoie à se pourvoir. On demande s'il doit les renvoyer de suite ou s'il peut ordonner un sursis. La jurisprudence

(1) Cela est de jurisprudence (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 109).
(2) Arrêt de Paris du 9 mars 1838 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 260, 2°).

décide qu'il peut surseoir. « Considérant, dit la cour de Paris, qu'aucune disposition de loi n'impose au président l'obligation, en cas de non-conciliation, de renvoyer immédiatement le demandeur en séparation devant le tribunal pour y former sa demande (1). » Singulier raisonnement ! La loi charge le président d'une mission de conciliation : elle ne parle que d'une seule comparution des parties, puis elle ajoute que si le président ne parvient pas à rapprocher les époux, il les renvoie à se pourvoir. Dès ce moment sa mission est épuisée, partant il est sans droit d'ordonner un sursis. Il n'a pas ce droit, parce que la loi ne le lui donne pas ; la jurisprudence, en le lui accordant, fait la loi. En veut-on la preuve? Quel est le délai du sursis que le président peut ordonner? Il a été décidé qu'un délai de six mois était illégal (2). Pourquoi six mois plutôt que cinq ou quatre? N'est-il pas évident que la loi seule peut fixer les délais? Et elle l'aurait fait, si elle avait voulu accorder ce droit au président. Vainement dit-on que ce sursis est une remise de cause (3). Il n'y a pas encore de cause, puisqu'il n'y a pas d'action intentée. Il y a une tentative de conciliation ; or, la loi n'en prescrit qu'une seule et si elle échoue, elle veut que le demandeur puisse intenter son action. C'est son droit. Pour empêcher l'exercice de ce droit, il faudrait un texte qui n'existe pas.

§ II. *De l'instruction.*

335. L'article 879 du code de procédure porte : « La cause sera instruite dans les formes établies pour les autres demandes et jugée sur les conclusions du ministère public. » Il résulte de là que l'instruction orale est publique, sauf au tribunal à ordonner le huis clos, si la discussion publique devait entraîner ou scandale ou des inconvénients graves (code de proc., art. 87). La cour de cassation a

(1) Arrêt du 20 mai 1844 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 111).
(2) Arrêt de Paris du 15 juillet 1844 (Dalloz, 1849, 2, 45).
(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 555 et suiv., n[os] 441, 442.

décidé qu'il y avait lieu d'ordonner le huis clos, dans un cas où la demande en séparation était fondée sur des violences, sévices et outrages. On lit dans l'arrêt que la discussion absolument publique de torts de cette nature ne pourrait qu'offenser les mœurs, sans offrir aucune garantie de plus aux plaideurs ; que la présence des parties et de leurs conseils donne aux débats toute la publicité que veut la loi ; qu'on ne viole point la loi quand on la concilie avec le vœu de la morale et le véritable intérêt des parties (1). Rien de plus vrai, mais c'est faire la critique du code. Dans la procédure en divorce, le législateur maintient le huis clos, jusqu'à ce que tout espoir de réconcilier les époux soit perdu. Quand les époux demandent la séparation de corps, cet espoir existe toujours; il fallait donc prescrire le huis clos comme règle, au lieu de ne l'admettre que comme exception. Certes, si jamais il y a analogie entre le divorce et la séparation de corps, c'est ici : il faut dire plus, les raisons pour rendre les débats secrets sont plus puissantes quand il s'agit d'une demande en séparation, comme nous l'avons déjà dit. Quant à l'intérêt de la morale publique, invoqué par la cour de cassation, il existe dans toute demande en séparation, et quelle qu'en soit la cause. Voilà donc le législateur qui laisse là l'analogie, alors que la raison et la morale commandaient impérieusement d'en tenir compte !

336. Il y a une analogie incontestable entre la procédure en divorce et la procédure en séparation de corps : c'est que le tribunal n'est pas obligé d'ordonner une enquête, si les faits sont suffisamment prouvés par les documents du procès. L'article 247 le dit formellement pour le divorce; on peut et on doit appliquer cette disposition à la séparation de corps, parce qu'elle ne fait que consacrer un principe général, que le bon sens dicte à défaut de loi. Comme le dit la cour de cassation, le législateur ne fait un devoir aux magistrats de recourir aux voies légales d'instruction, que s'ils ne trouvent pas dans les documents du procès des éléments suffisants de conviction. Lors

(1) Arrêt du 21 janvier 1812 (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, nº 319).

donc que les faits sont établis, soit par la correspondance des parties, soit par leurs aveux, quand ces aveux confirment des faits déjà prouvés, le tribunal peut et doit immédiatement prononcer la séparation de corps (1).

337. Voici une nouvelle différence, et inexplicable, quand on part du principe de l'analogie entre le divorce et la séparation de corps, injustifiable même dans tout système. Les articles 259 et 260 permettent au juge de prononcer une séparation provisoire, pendant l'instance en divorce, année d'épreuve qui, on l'espère, calmera les passions et amènera le rapprochement des époux. On demande si le juge pourrait aussi prononcer une séparation provisoire dans l'instance en séparation de corps? La négative ne souffre guère de doute; la jurisprudence s'est prononcée en ce sens, et il en est de même de la doctrine, sauf quelques dissidences qui n'ont pas trouvé faveur (2). Il n'appartient pas aux tribunaux d'empêcher l'exercice d'un droit; or, dès qu'il y a une cause légale de séparation, c'est un droit pour l'époux de l'obtenir. Toutefois, le sursis, autorisé pour la demande en divorce, aurait dû l'être aussi pour l'action en séparation. Il tend à empêcher le divorce. N'importe-t-il pas d'empêcher aussi la séparation de corps? Vainement dit-on que les époux séparés de corps peuvent se réunir quand bon leur semblera. L'expérience est là pour attester que les séparations, une fois prononcées, sont presque toujours irrévocables. Ce qui prouve que le sursis ne serait pas inutile, c'est que dans l'ancien droit on admettait les séparations provisoires et même les séparations à temps (3). Aussi les auteurs qui enseignent le principe d'analogie regrettent-ils que le code ne permette pas d'appliquer à la séparation de corps ce qu'il autorise pour le divorce (4). N'est-ce pas une nouvelle preuve que le législateur ignore le principe d'analogie qu'on lui attribue, malgré les démentis que lui-même donne à chaque pas à ce prétendu principe?

(1) Arrêt de la cour de cassation du 29 avril 1862 (Dalloz, 1862, 1, 515).
(2) Voyez les sources dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 266.
(3) Merlin, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, § III, n°s 11 et 12.
(4) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 587, n° 486.

338. L'article 335 veut que l'action en divorce soit suspendue, quand les faits allégués par l'époux demandeur donnent lieu à une poursuite criminelle. Cette disposition reçoit son application à l'instance en séparation de corps, parce qu'elle ne fait que consacrer un principe de droit commun, l'adage que le criminel tient le civil en état. Il faut donc appliquer ici ce que nous avons dit au chapitre du divorce (n° 220).

§ III. *Du jugement.*

339. Le code de procédure veut que le jugement qui prononce la séparation de corps soit rendu public. Il est inséré sur un tableau exposé pendant un an, dans l'auditoire des tribunaux de première instance et de commerce du domicile du mari, lors même qu'il n'est pas négociant; et s'il n'y a pas de tribunal de commerce, dans la principale salle de la maison commune. Pareil extrait doit être inséré au tableau exposé dans la chambre des avoués ou notaires. Quels sont les motifs de cette publicité? La séparation de corps intéresse les tiers qui sont dans le cas de traiter avec les époux. Bien que le mariage subsiste, la vie commune cesse, et par suite la femme n'est plus mandataire de son mari pour les dépenses du ménage. Chacun des époux vit séparé et a son ménage à lui. Ils sont de plus séparés de biens; d'où suit que le mari n'a plus la jouissance des biens de la femme, tandis que la femme reprend l'administration de son patrimoine, et elle en a aussi la jouissance. La séparation de corps altère donc le crédit du mari, et elle donne à la femme une capacité exceptionnelle. De là la nécessité d'avertir les tiers du changement qui s'est opéré dans la position des époux (code de procédure, art. 880 et 872; code civil, art. 1445).

340. Pour les voies de recours, on suit le droit commun. En matière de divorce, et par dérogation au droit commun, le pourvoi en cassation est suspensif (art. 263). Nous avons dit que cette disposition exceptionnelle est

fondée sur les effets que produit le divorce; le mariage étant dissous, les époux peuvent se remarier; il fallait donc empêcher le divorce admis par jugement de produire ses effets pendant le pourvoi, puisqu'il peut être annulé par la cour suprême. Comme la séparation de corps laisse subsister le mariage, il n'y avait pas de raison pour étendre au jugement qui la prononce l'exception établie par l'article 263. Cela a été jugé ainsi, et, en vérité, il n'y avait pas le moindre doute (1).

341. Le divorce doit être prononcé par l'officier de l'état civil. Il n'en est pas de même de la séparation de corps. Le mariage subsiste ; seulement les époux sont autorisés à vivre séparément. Il suffit pour cela qu'il y ait un jugement; il n'y a aucune raison pour faire intervenir l'officier de l'état civil.

§ IV. *Des demandes reconventionnelles.*

342. Les demandes reconventionnelles sont admises dans l'instance en séparation de corps, comme dans l'instance en divorce (n°s 270-272). C'est l'application d'un principe général. L'époux défendeur en séparation peut-il former sa demande reconventionnelle en appel? Non, car il est de règle qu'en cause d'appel il ne peut être formé aucune nouvelle demande, à moins qu'elle ne soit une défense à l'action principale. Or, une demande reconventionnelle n'est pas une simple défense. Cela est de jurisprudence, et cela ne pouvait guère faire de doute, l'article 464 du code de procédure étant formel (2). Il y a cependant quelques arrêts en sens contraire, et M. Demolombe préfère cette dernière opinion. Mais il ne donne pas de raison de cette préférence (3).

343. La demande reconventionnelle formée en première instance donne lieu à une difficulté sur laquelle la

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, n° 307.
(2) Voyez les arrêts dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 298.
(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, n° 437.

jurisprudence est très-divisée. Faut-il qu'elle soit précédée de l'essai de conciliation prescrit par le code de procédure (art. 875-878)? Il y a une raison de douter. Les demandes incidentes sont formées par un simple acte, et dispensées par conséquent du préliminaire de conciliation. Or, la demande reconventionnelle en séparation n'est-elle pas une demande incidente? D'ailleurs la tentative de conciliation prescrite par le code de procédure ne tient-elle pas lieu du préliminaire de conciliation devant le juge de paix (1)? Nous admettons que la demande reconventionnelle est incidente; est-ce à dire qu'elle puisse se faire par simple acte, d'après le droit commun (code de proc., art. 337)? Le véritable nœud de la difficulté est dans l'essai de conciliation qui doit précéder la demande en séparation. Est-il vrai qu'elle a le même caractère que le préliminaire de conciliation devant le juge de paix auquel sont soumises les actions ordinaires? On n'a qu'à lire l'article 48 du code de procédure pour se convaincre du contraire. Pour qu'il y ait lieu à ce préliminaire, il faut que les parties soient capables de transiger et que l'objet du litige puisse être la matière d'une transaction. Il s'agit donc, devant le juge de paix, de transiger sur des intérêts pécuniaires. Est-ce que tel est aussi le but de l'intervention du président, quand un époux demande la séparation de corps? Transige-t-on sur la séparation? Non, certes; on ne transige pas sur le mariage, qui est essentiellement d'ordre public. Ainsi, d'après le droit commun, la demande en séparation n'aurait pas même été soumise au préliminaire de conciliation. Si donc la loi veut que les époux se présentent devant le président, c'est pour d'autres raisons, des raisons bien plus graves, des raisons d'ordre public. Le législateur veut que la séparation de corps soit empêchée, parce qu'en fait elle

(1) Voyez, en ce sens, les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 116. Il faut y ajouter les arrêts de Nancy, du 16 décembre 1859 (Dalloz, 1860, 5, 351, n° 4); de Pau, du 19 avril 1864 (Dalloz, 1864, 2, 226); d'Orléans, du 29 juillet 1864 (Dalloz, 1864, 2, 228); de Paris, du 13 janvier 1865 (Dalloz, 1865, 1, 9); d'Agen, du 30 novembre 1864 (Dalloz, 1865, 2, 12); de Bordeaux, du 23 août 1865 (Dalloz, 1866, 2, 90), et d'Aix, du 4 décembre 1865 (Dalloz, 1866, 2, 91). Voyez, dans le même sens, Demolombe, t. IV, p. 553, n° 436.

a les effets désastreux du divorce. Il s'agit donc de maintenir le mariage, dans l'intérêt des enfants, dans l'intérêt de la famille, dans l'intérêt de la société tout entière. Dès lors il faut que toute demande en séparation soit assujettie à cette tentative de conciliation. Or, la demande reconventionnelle, quoique faite incidemment, est en réalité une demande principale, puisqu'elle a le même objet et qu'elle aura les mêmes effets. Cela décide la question.

On objecte que cette tentative de conciliation est inutile, puisque les deux époux ont déjà dû se présenter devant le président et que l'essai de réconciliation a échoué. On en conclut que l'article 875 ne reçoit son application qu'à la première demande. Non, on ne peut pas dire, *a priori*, qu'une nouvelle tentative de rapprochement sera inutile parce que la première n'a pas réussi. Dans l'instance en divorce, la loi multiplie les essais de conciliation ; elle ne désespère pas, même après des échecs répétés, de réunir les époux. Il y a d'ailleurs un fait nouveau, la demande du défendeur, qui peut donner à réfléchir au demandeur, puisqu'il va se trouver exposé aux effets que la séparation produit contre l'époux coupable. Après tout, la considération de l'utilité ou de l'inutilité de la tentative de conciliation s'adresse au législateur et non à l'interprète. La loi a décidé, car l'article 875 ne distingue pas ; il s'applique à tout époux qui veut se pourvoir en séparation de corps. Pour dispenser l'époux de cette tentative de réconciliation, il faudrait un texte qui fît exception à cet article.

On prétend trouver ce texte dans l'article 307 du code civil combiné avec l'article 337 du code de procédure. D'après l'article 307, la demande en séparation de corps est intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile ; dès lors, dit-on, l'article 337 doit être appliqué. Le code de procédure lui-même nous fournit une réponse péremptoire à cette objection. En effet, il a dérogé au code civil pour ce qui concerne la manière d'intenter l'action ; on ne peut donc plus invoquer l'article 307. Aussi l'article 879 dit-il que la cause sera *instruite* dans les formes prescrites pour les autres demandes ; il ne dit

plus, comme le code civil, qu'elle sera *intentée* d'après les règles générales; et comment l'aurait-il dit, puisqu'il venait de déroger au droit commun dans les articles qui précèdent? Nous sommes donc dans une matière exceptionnelle et d'ordre public. Cela est décisif (1).

SECTION V. — Des effets de la séparation de corps.

§ Ier. *Quant aux époux.*

344. Marcadé dit que le code ne fait pas connaître *un seul* des effets directs de la séparation de corps; on trouve seulement dans l'article 311 une disposition portant que la séparation de corps entraîne toujours la séparation de biens; mais, chose étrange, cette disposition n'est qu'une conséquence de l'effet premier, resté sous-entendu. Comment Marcadé explique-t-il ce silence? L'explication est plus étrange que la prétendue lacune de la loi; à l'entendre, la *séparation de corps* n'est, dans la pensée du législateur, que le divorce lui-même ramené à ce que permet le catholicisme; il suffisait donc d'avoir fait connaître les effets du divorce proprement dit; ils s'appliquent de plein droit à la séparation de corps, en retranchant ce que défendent les idées catholiques. Or, qu'est-ce que la religion catholique prohibe? La dissolution du mariage; c'est donc cette dissolution avec tous les effets qui en sont la conséquence qu'il faut rejeter; toutes les autres dispositions nous donneront les effets *légaux* de la séparation de corps (2).

Des *effets légaux* sans *loi!* Voilà certes une chose étrange

(1) Voyez, en ce sens, un réquisitoire remarquable de M. Genreau, avocat général à la cour de Paris (Dalloz, 1865, 2, 10 : la cour a jugé en sens contraire), et arrêts de la cour de cassation du 4 mai 1859 (Dalloz, 1859, 1, 228), deux arrêts de Paris du 10 mars 1864 (Dalloz, 1864, 2, 60, 61). Comparez Massol, *De la séparation de corps*, p. 96. Debelleyme, *des Ordonnances sur requête*, t. Ier, p. 319. Chauveau sur Carré, question 2972. Dalloz, au mot *Séparation de corps* (nº 119), cite les arrêts et les auteurs favorables à cette opinion.

(2) Marcadé, *Cours élémentaire de droit civil français*, t. Ier, p. 608, art. 311, nº I.

en droit! Sans *loi*, disons-nous. Car il n'y a pas un mot dans les textes, pas un mot dans les discussions sur lequel on puisse appuyer ce système d'interprétation : c'est une théorie imaginaire qui a été forgée pour les besoins de la cause, c'est-à-dire pour appliquer à la séparation de corps les dispositions pénales des articles 299 et 300. Ce n'est pas assez dire. Le législateur a suffisamment fait connaître son intention ; non-seulement il ne veut pas que la séparation et le divorce produisent les mêmes effets, il n'étend pas même à la séparation les dispositions concernant le divorce, alors que l'analogie lui commandait de le faire. Inutile de répéter ce que nous venons de dire. Nous avons suivi pas à pas les auteurs du code jusque dans les moindres détails de la matière, et partout nous avons trouvé des différences inexplicables au point de vue de l'analogie. Bien moins encore y a-t-il identité!

Quant à la lacune que l'on trouve si étrange, elle n'existe aussi que dans l'imagination des interprètes. Que dit l'article premier de notre chapitre? « Dans les cas où il y a lieu à la demande en divorce pour cause déterminée, il sera libre aux époux de former demande en séparation de corps. » Fallait-il ajouter que la *séparation de corps* aura cet effet que les époux seront *séparés de corps?* Dans les manuels, on trouve de ces *truismes,* comme disent les Anglais; mais le législateur ne s'amuse pas à dire des choses qui sont plus claires que la lumière du jour. Pourquoi aurait-il pris la peine de dire que la *séparation de corps sépare les époux de corps,* alors que le mot même de séparation de corps le disait énergiquement? Eh bien! c'est là toute la séparation.

Les époux sont séparés de corps, mais ils restent époux, le mariage subsiste. Voilà encore une chose que le législateur ne nous dit pas; mais il eût fait de la scolastique en le disant. Ne suffisait-il pas de dire que le mariage est dissous par le divorce? Et le mot de séparation de corps n'indique-t-il pas aussi bien que l'eût fait une disposition expresse du code, que les époux sont seulement séparés de corps? Donc le mariage subsiste; par suite tous les effets du mariage subsistent, à l'exception du seul effet

que la séparation détruit, c'est que l'obligation de la vie commune cesse; en ce sens, les époux sont séparés de corps. La vie commune cessant, tous les effets qui découlent de la communauté d'existence cessent également. Voilà toute la séparation de corps, et c'est le mot même qui nous l'apprend.

345. La vie commune cessant, il va sans dire que la femme peut se choisir une nouvelle résidence; cette résidence aura même les effets d'un domicile, dans le sens légal du mot (1). Les tribunaux pourraient-ils prescrire à la femme une résidence, par le jugement qui prononce la séparation de corps? Un tribunal l'avait fait; la cour d'appel avait confirmé la décision, et la femme y avait acquiescé. Elle devait habiter chez ses père et mère. Le jugement était évidemment illégal. Pendant l'instance en séparation, la loi permet au président, et par suite au tribunal, d'indiquer à la femme une résidence provisoire; mais une fois la séparation prononcée, c'est un droit pour la femme de se choisir sa résidence; et aucune loi, aucun principe n'autorise le juge à restreindre ce droit (2). Cependant il a été décidé que si la femme coupable d'adultère s'installe chez son complice, le mari peut la faire condamner à des dommages-intérêts solidairement avec ledit complice. La femme, dit-on, quoique séparée de corps, doit toujours fidélité à son mari; elle est donc obligée à respecter les devoirs de convenance qui en découlent; si elle ne le fait pas, elle cause à son mari un dommage moral et même matériel, en ce qui concerne l'établissement de ses enfants; ce qui constitue un délit civil, aux termes de l'article 1382 (3). Nous applaudissons au sentiment moral qui a dicté cette décision; mais est-elle fondée en droit? Sans doute la femme séparée de corps reste tenue du devoir de fidélité; si elle le viole, elle peut être poursuivie pour adultère; voilà la seule sanction légale du devoir de fidélité. Dans l'espèce, le mari n'alléguait pas l'adultère, mais une conduite scandaleuse. A ce mal il n'y

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 85, n° 115.
(2) Arrêt de Dijon du 28 avril 1807 (Dalloz, au mot *Domicile*, n° 75).
(3) Arrêt de Toulouse du 29 juin 1864 (Dalloz, 1864, 2, 174).

a pas d'autre remède que le divorce, que le législateur français a eu tort d'abolir. Vainement invoque-t-on l'article 1382; il ne s'applique pas au dommage qui résulte de l'exercice d'un droit; or, le droit de la femme de choisir son domicile est incontestable. Cela est si vrai que, dans l'espèce, le mari n'osa pas demander que le tribunal fixât une autre résidence à la femme. Or, dès que la femme a le droit de faire ce qu'elle a fait, il ne peut plus s'agir ni de délit ni de quasi-délit.

Par la même raison, le mari séparé de corps peut tenir une concubine dans la maison qui était avant le jugement la maison conjugale, sans qu'il y ait adultère dans le sens légal du mot. En effet, à partir du jugement qui prononce la séparation de corps, il n'y a plus de domicile conjugal, puisqu'il n'y a plus de vie commune. Sans doute, il y a scandale, immoralité, le mari manque à son devoir de fidélité (1). Dira-t-on qu'il y a délit civil, fait dommageable? Non, le mari pourrait répondre, la loi à la main, qu'il n'est coupable aux yeux de la loi que lorsqu'il tient une concubine dans la maison commune; hors de là il est dans son droit, légalement parlant. Triste légalité qui témoigne contre la loi et qui plaide pour le divorce; mais telle est la loi!

Est-ce à dire que le droit de la femme de se choisir un domicile soit absolu? Le droit de la femme peut se trouver en collision avec un droit appartenant au mari, et quand deux droits sont en conflit, l'exercice de l'un ne peut pas empêcher l'exercice de l'autre : c'est dire que l'un restreint l'autre. Voici un conflit qui s'est présenté. Les enfants sont confiés à la femme séparée de corps, en vertu de l'article 302; mais l'article 303 ajoute que le père conserve le droit de surveiller l'entretien et l'éducation de ses enfants, quelle que soit la personne à laquelle ils seront confiés. Ce droit reconnu au père peut se trouver en collision avec le droit qu'a la mère de se choisir son domicile. La cour de cassation a jugé que par l'effet de la sé-

(1) Arrêt de Paris du 4 décembre 1857 (Dalloz, 1858, 2, 1). Il y a un arrêt contraire de la cour de Lyon du 15 juin 1837 (Dalloz, 1838, 2, 95).

paration de corps, la femme a acquis le droit de fixer son domicile en ne consultant que les convenances de sa position et de son intérêt personnel; que ce droit ne pouvait être soumis à une restriction que si la femme séparée en usait abusivement et dans l'intention constatée de soustraire son fils à la surveillance paternelle (1). Tels sont les vrais principes.

346. L'article 212 dit que les époux se doivent mutuellement fidélité, secours, assistance. Nous venons de dire que le devoir de fidélité subsiste; donc, en cas d'adultère, la femme peut être poursuivie sur la plainte du mari. Mais, chose étrange et déplorable, le mari, bien qu'il reste aussi tenu du devoir de fidélité, ne peut plus être poursuivi pour adultère, car il n'est légalement coupable que s'il tient la concubine dans le domicile conjugal, et après la séparation de corps, il n'y a plus de foyer domestique (2). Ainsi l'adultère devient un droit pour le mari!

Il y a une autre disposition concernant l'adultère, qui conduit également à une immoralité légale. L'article 298 porte que dans le cas de divorce admis en justice pour cause d'adultère, l'époux coupable ne pourra jamais se marier avec son complice. Cette disposition n'est pas reproduite au chapitre de la séparation de corps, bien que l'article 308 reproduise la suite de l'article 298, en ce qui concerne la peine à laquelle la femme adultère sera condamnée. L'intention du législateur est évidente; il n'a pas voulu étendre à la séparation de corps l'empêchement au mariage qu'il établit pour le divorce. Il est vrai qu'il n'y a pas parfaite analogie; en cas de divorce, l'époux coupable aurait pu spéculer sur la dissolution du mariage qui lui aurait permis de se réunir à son complice. Ce calcul criminel se rencontrera moins souvent en cas de séparation, puisqu'elle laisse subsister le mariage. Cela n'empêche pas que le mariage de l'époux adultère avec son complice, après la dissolution du premier mariage par la mort, ne soit un outrage à la morale (3). Vainement dit-on

(1) Arrêt du 29 avril 1862 (Dalloz, 1862, 1, 518).
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Adultère*, n° 64.
(3) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 33, n° 26 *bis*.

qu'il faut donner aux coupables le moyen de réparer leur faute. Il y a des fautes qui légalement ne peuvent pas se réparer. N'est-ce pas pour cela que le code Napoléon prohibe la reconnaissance et la légitimation des enfants nés d'un commerce adultérin (1)? S'il flétrit ces honteuses liaisons dans la personne des enfants innocents, à plus forte raison devait-il réprouver l'union des coupables!

Une autre conséquence du devoir de fidélité qui subsiste entre les époux séparés de corps, est que l'enfant conçu pendant la séparation a pour père le mari (art. 312). Nous reviendrons sur ce point. Pour le moment, nous nous bornons à remarquer que c'est là un des effets les plus déplorables de la séparation de corps. Si la séparation est prononcée pour adultère de la femme, la loi semble lui donner pleine latitude d'adultérer à son aise, en ce sens du moins que les enfants, fruit de son inconduite, porteront le nom du mari, lequel se verra couvert de honte, sans aucun moyen légal de se mettre à l'abri de cette infamie. Il n'y a qu'un remède au mal, le divorce.

347. Les époux séparés se doivent-ils encore secours et assistance? Pour les secours, il n'y a aucun doute; il s'agit de l'obligation alimentaire dont nous traiterons à l'instant. Quant à l'assistance, les auteurs sont divisés. Demante enseigne que la séparation laisse subsister ce devoir mutuel dans toute sa force; Zachariæ dit, au contraire, que les époux séparés de corps ne se doivent plus aucune assistance personnelle. M. Demolombe est d'avis que ce devoir, s'il n'est pas détruit, a néanmoins perdu, en *grande partie*, son caractère juridiquement obligatoire; puis il ajoute : Gardons-nous bien de penser que la loi civile délie les époux de ce devoir sacré (2)! Inutile d'insister sur les contradictions singulières que M. Demolombe accumule en quelques lignes; la question elle-même n'en est réellement pas une. L'assistance ne suppose-t-elle pas des soins personnels donnés à un époux malade, ou des consolations accordées à un conjoint affligé? Ces

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Adultère*, n° 135.

(2) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 38, n° 30. Zachariæ, t. III, p. 371, § 494. Demolombe, t. IV, p. 602, n° 502.

devoirs n'impliquent-ils pas l'union des âmes? Et peut-on encore parler de l'union des âmes entre époux séparés de corps, c'est-à-dire entre des époux que la haine divise? Conçoit-on même la possibilité de ces soins délicats là où il n'y a plus de vie commune? L'assistance est donc un de ces effets du mariage qui cessent avec la vie commune qui leur donne naissance.

348. Les époux, dit l'article 212, se doivent mutuellement secours; l'article 214 ajoute que le mari doit fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état. C'est sur ces dispositions que se fonde l'obligation alimentaire qui existe entre époux. Subsiste-t-elle après la séparation de corps? L'affirmative n'est pas douteuse. En effet, cette obligation ne dérive pas de la vie commune, elle dérive du lien que le mariage établit entre les époux, et elle peut très-bien être remplie par les époux séparés. Cela décide la question. Telle est aussi la doctrine des auteurs (1) et la jurisprudence est d'accord (2). Il n'y a pas à distinguer entre l'époux qui a obtenu la séparation de corps et celui contre lequel elle a été prononcée; il eût fallu une disposition formelle pour déclarer l'époux coupable déchu du droit aux aliments; car c'eût été une peine, et il n'y a point de peine sans loi pénale. Puisqu'il s'agit d'une obligation alimentaire, il faut appliquer les principes qui régissent les aliments. La cour de cassation l'a fait en décidant qu'il appartient au juge de rechercher d'abord si celui qui réclame les aliments est dans un dénûment réel, ou s'il est en état de pourvoir à ses besoins par son travail ou par ses ressources personnelles, et que ce n'est qu'après avoir reconnu la nécessité des aliments que les tribunaux en fixent l'importance d'après les besoins de celui qui les réclame et les facultés de celui qui les doit. Dans l'espèce, la cour de Lyon avait refusé les aliments au mari défen-

(1) Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. Ier, p. 280, note 7. Demolombe, t. IV, p. 600, n° 501.

(2) Voyez les arrêts cités dans Dalloz, *Recueil périodique*, 1850, 1, 225, note, et arrêt de Gand du 11 août 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 122), et arrêt de la cour de cassation du 30 août 1864 (Dalloz, 1865, 1, 68).

deur, en constatant que la situation dans laquelle il se trouvait avait pour cause son inconduite et ses désordres; qu'étant jeune et en bon état de santé, il pouvait suffire à ses besoins par son travail. La cour suprême confirma cette décision (1).

La jurisprudence va plus loin; elle admet qu'il y a lieu d'appliquer à la séparation de corps la disposition de l'article 301, aux termes duquel le tribunal peut accorder à l'époux qui a obtenu le divorce une pension alimentaire sur les biens de l'autre époux, et elle décide que cette pension n'est pas soumise aux principes qui régissent les aliments, notamment qu'elle passe aux héritiers de celui qui doit la payer (2). Nous avons déjà dit (n°s 309-311) qu'à notre avis l'article 301 ne faisait que consacrer les principes généraux sur la dette alimentaire. Nous ajoutons que cette disposition ne saurait recevoir son application à la séparation de corps. Il y a de cela une raison décisive. Le divorce rompt le mariage, et ne laisse subsister entre les époux divorcés aucun devoir de se secourir mutuellement. Dès lors la loi devait pourvoir aux nécessités des époux au moment où le divorce est admis. Le code, par les motifs que nous avons exposés, n'accorde une pension qu'à l'époux innocent qui a obtenu le divorce, il n'en accorde pas à l'époux coupable. Il est certain que la disposition de l'article 301, en tant qu'elle est pénale, ne peut être étendue à la séparation de corps, car les peines ne s'étendent pas par voie d'analogie. Il n'y a d'ailleurs aucune analogie entre le divorce et la séparation de corps, en ce qui concerne les aliments. Les époux séparés se doivent mutuellement secours quand l'un d'eux est dans le besoin; dès lors il était inutile de fixer d'avance les droits de l'époux nécessiteux; il peut toujours agir contre son conjoint (3). Dira-t-on avec la jurisprudence que l'article 301 donne plus qu'un droit aux aliments, qu'il accorde à

(1) Arrêt du 8 juillet 1850 (Dalloz, 1850, 1, 225).
(2) Arrêts de la cour de cassation du 2 avril 1861 (Dalloz, 1861, 1, 97), de Rouen du 30 juillet 1862 (Dalloz, 1864, 2, 238) et de Grenoble du 11 juillet 1863 (Dalloz, 1865, 2, 6).
(3) C'est l'opinion de tous les auteurs (Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 395).

l'époux innocent une créance contre son conjoint, créance bien plus favorable que l'obligation alimentaire? Si l'on donne ce sens à l'article 301, nous disons qu'il est impossible de l'appliquer à la séparation de corps. Vainement prétend-on « qu'il n'est plus sérieusement contestable que les dispositions légales qui règlent les effets du divorce doivent aussi régler les effets de la séparation de corps »; il faut ajouter du moins, comme le fait la cour de Grenoble, « en tant qu'elles ne sont pas inconciliables, » c'est-à-dire en tant que la nature des dispositions ne s'oppose pas à cette extension analogique. Or, telle qu'on l'interprète, la disposition de l'article 301 est une peine que la loi prononce au profit de l'époux innocent contre l'époux coupable. C'est une indemnité, dit on, qu'elle accorde à celui qui a obtenu le divorce; et une indemnité donnée à l'un, refusée à l'autre, est une peine civile. Nous demandons de nouveau : est-ce que les peines s'étendent, fût-ce par voie d'analogie? C'était au législateur à établir cette parité entre le divorce et la séparation de corps; il s'en est bien gardé, car il veut laisser une porte ouverte à la réconciliation; et est-ce un moyen d'amener le rapprochement des époux que de forcer l'un, le coupable, à payer une forte pension à son conjoint innocent? Celui-ci sera-t-il porté à reprendre la vie commune, alors que la séparation lui assure un avantage que la vie commune même ne lui donnerait pas, une pension qui ne s'éteindra pas à la mort de son conjoint?

349. Aux termes de l'article 308, la femme contre laquelle la séparation de corps est prononcée, sera condamnée par le même jugement, et sur la réquisition du ministère public, à la reclusion dans une maison de correction pendant un temps déterminé, qui ne pourra être moindre de trois mois, ni excéder deux années. C'est la reproduction de l'article 298; il faut donc appliquer ici ce que nous avons dit au chapitre du divorce (n° 291).

L'article 309 ajoute : « Le mari restera le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation en consentant à reprendre sa femme. » A s'en tenir aux termes de la loi, on pourrait croire qu'il suffit de la volonté du mari pour que

l'effet de la condamnation cesse. Mais tel n'est pas le sens du texte. Quand le code dit que le mari consent à reprendre sa femme, cela implique que les époux rétablissent la vie commune; or, pour cela il faut le consentement de la femme, comme nous le dirons plus loin (n° 357). Lors donc que le mari offre à la femme de la reprendre, elle peut refuser. Dans ce cas, la condamnation sortira ses effets et la séparation continuera. Si la femme accepte l'offre, il y a concours de consentements, et par suite la reclusion cessera ainsi que la séparation de corps.

§ II. *Des effets de la séparation de corps quant aux enfants.*

350. Le code civil ne dit pas à qui les enfants doivent être confiés, soit pendant l'instance, soit après le jugement qui prononce la séparation de corps. Que faut-il induire de ce silence? La conclusion juridique serait celle-ci. La séparation de corps, à la différence du divorce, laisse subsister le mariage et tous les effets du mariage, à l'exception de ceux qui tiennent à la vie commune. Or, la puissance paternelle ne tient pas à la vie commune, car l'article 372 dit que le père *seul* l'exerce pendant le mariage. Le père continuera à l'exercer après la séparation de corps; il peut invoquer le texte de la loi; il faudrait une disposition formelle qui déroge à ce texte, pour lui enlever la puissance qu'il tient de la loi. Où cette exception est-elle écrite? On invoque l'article 302 placé au chapitre du divorce. Mais peut-on appliquer une disposition, qui suppose la dissolution du mariage, à un état de choses où le mariage subsiste? Les dispositions qui dérogent au droit commun s'étendent-elles par voie d'analogie, alors surtout que le droit commun règle une matière d'ordre public, telle que la puissance paternelle?

Zachariæ et ses annotateurs ont senti la puissance de cet argument. Ils disent qu'on ne peut pas appliquer de plein droit à la séparation de corps ce que l'article 302 dit du divorce. En effet, cela serait contraire au principe

fondamental en cette matière, que le mariage subsiste avec tous ses effets, malgré la séparation de corps, à l'exception de la vie commune. Ils concluent de là qu'en règle générale, les enfants doivent être laissés au père. Cependant Zachariæ ajoute qu'il est loisible aux tribunaux de modifier cette règle dans l'intérêt des enfants, en ce sens que le tribunal peut les confier soit à la mère, soit à une tierce personne (1). Mais sur quoi fonde-t-il cette exception? Par une singulière inconséquence, il invoque l'article 302, qu'il vient de déclarer inapplicable à la séparation de corps. Si directement on ne peut pas l'appliquer, comment le pourrait-on par voie d'analogie? La doctrine et la jurisprudence sont plus logiques : elles appliquent l'article 302 parce qu'il y a même raison de décider.

Il est certain que le législateur aurait dû modifier l'exercice de la puissance paternelle quand il y a séparation de corps aussi bien que quand il y a divorce. En effet, la famille est dissoute de fait, sinon de droit. Quand le mariage subsiste avec tous ses effets, la mère concourt à la puissance paternelle par ses conseils, par son influence morale. Lorsque les époux vivent séparés, la mère n'aurait plus aucune action si l'on maintenait au père l'exercice exclusif de l'autorité paternelle. Voilà un premier fait dont le législateur aurait dû tenir compte. Il y en a un second tout aussi considérable. Quand la séparation de corps est prononcée contre le père, il se peut qu'il soit indigne d'exercer un pouvoir que la loi lui avait donné, parce qu'elle présumait qu'il méritait la confiance qu'elle lui témoigne. Laissera-t-on au père une jeune fille, alors qu'il souille le foyer domestique en y installant une concubine? Voilà certes des raisons suffisantes pour modifier le principe posé par l'article 372; évidemment cette règle n'a été faite que pour les mariages où le mari remplit ses devoirs, et non pour ceux où il les viole. Mais le législateur ne l'a pas fait, et ce qu'il n'a pas fait, l'interprète peut-il le faire?

D'après la rigueur des principes, non. Les auteurs, gardiens sévères de la pure doctrine, n'osent pas décider

(1) Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. Ier, p. 282, note 12.

nettement la question. Nous avons entendu les hésitations de Zachariæ; Demante est tout aussi embarrassé. Il accorde bien aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire pour prendre des mesures dans l'intérêt des enfants, mais l'article 302 va plus loin : il veut, il ordonne de confier les enfants à celui des époux qui a obtenu le divorce. Demante ne croit pas que cette préférence obligatoire puisse être transportée à la séparation de corps; il faudrait pour cela un texte, dit-il (1). Ne faudrait-il pas aussi un texte pour donner aux tribunaux le pouvoir discrétionnaire qu'on leur reconnaît? Qu'on le remarque bien! Il s'agit de modifier un texte de loi, l'article 372. Les interprètes ont-ils jamais le droit de déroger à une loi? Ils le peuvent, en matière de divorce, en vertu des articles 267 et 302. Mais hors ce cas, où est le texte, où est le principe qui permet au juge de modifier la puissance paternelle, telle que la loi l'organise (2)?

La jurisprudence invoque la nature de la puissance paternelle, puissance de protection qui doit être exercée dans l'intérêt des enfants et non dans l'intérêt du père; d'où suit que les tribunaux doivent avoir le droit de modifier les droits du père, quand le plus grand avantage des enfants l'exige (3). Nous examinerons cette question au titre de la Puissance paternelle; pour le moment, nous répétons notre question : Où est le texte qui autorise les tribunaux à déroger à l'article 372 quand le mariage subsiste? Il y a un argument historique qui aurait pour nous une grande valeur, si les textes permettaient d'en faire usage. Dans l'ancien droit, les tribunaux confiaient les enfants à celui des époux qui leur paraissait le plus digne, ou même à une tierce personne. Certes, il en devrait être de même sous l'empire du code Napoléon, puisque la séparation de corps vient de l'ancien droit. Cela devrait être,

(1) Demante, *Cours analytique*, t. Ier p. 39, n° 31 *bis*.

(2) Il y a quelques arrêts en ce sens, mais ils ont été rendus dans les premières années de la promulgation du code civil. Aujourd'hui, la jurisprudence est constante dans le sens contraire (Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, nos 57 et 58).

(3) Arrêt de Caen du 19 juin 1807 (Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 58, 1°).

oui; mais cela est-il? Le juge n'était pas lié sous l'ancien droit par un texte, comme nous le sommes aujourd'hui par l'article 372. En définitive, toutes les raisons qu'on allègue s'adressent au législateur; nous cherchons vainement une base juridique sur laquelle l'interprète puisse prendre appui. Avouons-le, c'est la puissance des faits qui l'a emporté sur la rigueur du droit.

On a prétendu que l'article 302 ne dérogeait réellement pas à la puissance paternelle, puisque le droit du père reste intact et qu'il s'agit uniquement de la garde des enfants(1). La cour de cassation s'est montrée plus logique. Elle a décidé que l'article 302 s'applique dans toute son étendue à la séparation de corps; d'où suit, selon elle, que les articles 373 et 374 ne reçoivent plus d'application après la séparation. Repousser les articles qui déclarent que le père seul exerce l'autorité paternelle pendant le mariage, et que l'enfant ne peut quitter la maison paternelle sans la permission de son père, c'est certes porter atteinte au droit du père : il subsiste, mais profondément modifié (2). Le père n'a plus la direction de l'éducation de ses enfants; il peut seulement surveiller leur entretien et leur éducation, comme le dit l'article 302 (3). Il suit du même principe que les enfants doivent être confiés à l'époux qui a obtenu la séparation de corps, car la loi est conçue en termes impératifs : « Les enfants *seront confiés.* » Il n'y a d'exception que si la famille ou le procureur du roi demandent que les enfants soient remis à l'autre époux ou à une tierce personne; le tribunal statue, en ce cas, selon le plus grand avantage des enfants (4). Il n'est donc pas juste de dire, comme on le fait d'habitude, que le tribunal a, en cette matière, un pouvoir discrétionnaire. Il a été jugé, et avec raison, que si l'époux demandeur est d'accord avec son conjoint pour confier leur enfant à une maison d'éducation, le tribunal ne peut pas ordonner

(1) Arntz, *Cours de droit civil français*, t. Ier, p. 254, n° 489.
(2) Arrêt de la cour de cassation du 17 juin 1845 (Dalloz, 1845, 1, 415).
(3) Arrêts de la cour de cassation du 9 juin 1857 et du 13 mars 1859 (Dalloz, 1857, 1, 401; 1859, 1, 466).
(4) Arrêt de Bruxelles du 10 mai 1859 (*Pasicrisie*, 1860, 2, 411).

qu'il soit remis à une autre personne (1). Les père et mère conservent, en effet, la puissance paternelle; et s'ils s'entendent, il n'y a plus de raison pour déroger à leur autorité. Cela prouve que le droit d'intervention des tribunaux est tout à fait exceptionnel.

Si l'article 302 est applicable à la séparation de corps, il en doit être de même de l'article 303. Il faut donc appliquer ici ce que nous avons dit au chapitre du Divorce (n° 294). La cour de Paris a jugé que les époux séparés de corps doivent supporter les frais d'entretien et d'éducation de leurs enfants; et que si l'un d'eux les supporte seul, il a un recours contre l'autre, sans qu'on puisse lui opposer la prescription, la prescription ne courant pas entre époux (2). La jurisprudence décide même que l'obligation des parents est solidaire. Sur ce point, nous avons fait nos réserves et nous les maintenons (n° 43).

§ III. *Effets de la séparation de corps quant aux biens.*

351. Aux termes de l'article 311, la séparation de corps emporte toujours séparation de biens. Le régime ordinaire qui règle les droits pécuniaires des époux est celui de la communauté, légale ou conventionnelle. C'est une société de biens qui se forme entre les époux, en même temps que la société des personnes, dont elle est la conséquence. Or, la séparation de corps met fin à la société des personnes, puisque la vie commune cesse; dès lors il est naturel que la société de biens cesse également. Chacun des époux vivant séparément, il est juste que chacun administre ses biens et en jouisse. Cet état de choses constitue ce que l'on appelle la séparation de biens. La loi dit que la séparation de corps entraîne toujours séparation de biens, sans doute pour marquer que, quel que soit le régime des époux, ils seront séparés de biens dès qu'ils sont séparés

(1) Arrêt de la cour de cassation du 6 février 1865 (Dalloz, 1865, 1, 218).
(2) Arrêt de Paris du 26 juillet 1862 (Dalloz, 1863, 2, 112).

de corps. En effet, il peut aussi y avoir séparation de biens sous le régime exclusif de communauté et sous le régime dotal (art. 1531, 1563). Elle a cet effet que le mari cesse d'être administrateur et usufruitier des biens de la femme. On conçoit que, la séparation de corps rompant la vie commune, le mari ne peut plus administrer les biens de sa femme, et bien moins encore en jouir; quand il n'y a plus de rapports personnels entre époux, il ne doit plus y en avoir quant aux biens. Si juridiquement la séparation de biens doit être la conséquence de la séparation de corps, il n'en est pas de même au point de vue moral. Le mari perd la jouissance des biens de la femme; cela est très-juste quand la séparation de corps est prononcée contre lui, mais cela est injuste quand la séparation de corps est prononcée contre la femme; celle-ci y gagne alors, et par suite le mari y perd. Il serait donc à désirer que l'époux demandeur obtînt une indemnité quelconque du préjudice qu'il souffre par la faute de son conjoint. La jurisprudence, comme nous venons de le dire, a cherché cette indemnité dans l'article 301; mais cette disposition ne parle pas d'indemnité, elle accorde seulement à l'époux qui obtient le divorce une pension alimentaire, et de l'avis unanime des auteurs, on ne peut pas même l'appliquer à la séparation de corps. Il y a une lacune dans la loi, qu'il n'appartient pas à l'interprète de combler.

352. Nous renvoyons au titre du Contrat de mariage les questions auxquelles donne lieu la séparation de biens qui résulte de la séparation de corps. On demande si la séparation ne produit pas d'autres effets pécuniaires. L'article 386 dit que l'usufruit légal n'a pas lieu au profit de celui des père et mère contre lequel le divorce est prononcé. Cette déchéance doit-elle être étendue à la séparation de corps? La négative est enseignée par tous les auteurs, à l'exception de Delvincourt (1). Cela est évident dans l'opinion que nous professons sur la séparation de corps. La séparation n'a aucune influence, à notre avis, sur la puissance paternelle, donc elle ne peut enlever l'usu-

(1) Voyez les sources dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 399.

fruit légal à celui des père et mère qui a l'exercice de cette puissance. D'ailleurs l'article 386 établit une peine contre l'époux coupable; or, les peines ne s'étendent pas d'un cas à un autre, pas même par voie d'analogie. Nous allons voir que la jurisprudence n'admet pas ce principe pour les libéralités dont l'époux défendeur en divorce est déclaré déchu; elle applique cette peine à la séparation de corps, et tel est aussi l'avis de beaucoup d'auteurs. Dans cette doctrine, il faudrait également appliquer à la séparation de corps la déchéance prononcée par l'article 386, car il y a même motif de décider. Vainement veut-on faire une distinction entre les effets du divorce établis au titre du Divorce et ceux qui sont établis dans d'autres titres; cette distinction n'a pas de sens. Si la séparation de corps est le divorce des catholiques, et s'il faut appliquer à la séparation les effets que produit le divorce, en tant qu'ils sont compatibles avec la séparation de corps, il n'y a pas de raison de distinguer entre les divers effets du divorce selon qu'ils sont établis dans tel ou tel titre. C'est une de ces distinctions que l'on imagine pour le besoin de la cause, et qui témoigne contre ceux qui l'invoquent.

On demande si le père conserve l'administration des biens de ses enfants. Il nous semble que la question peut à peine être posée. L'administration est un devoir et non un droit. Et pourquoi la séparation de corps déchargerait-elle le père d'un devoir? Cesse-t-il par hasard d'être père? Même dans l'opinion qui admet l'application à la séparation de corps des articles 302 et 303, on enseigne que le père conserve la puissance paternelle, sauf les modifications que ces dispositions y apportent; dès lors il doit aussi continuer à administrer les biens de ses enfants, et sans distinguer, comme on l'a proposé, s'il a l'usufruit ou s'il ne l'a point (1).

353. L'article 767 porte que, lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible, ni enfants naturels, les biens de sa succession appartiennent au conjoint *non divorcé* qui lui survit. On demande si la séparation de corps

(1) Massol, *Traité de la séparation de corps*, p. 325 et suiv.

fait aussi perdre le droit de successibilité. Non, certes. Si les époux divorcés ne succèdent pas, c'est par la raison qu'ils ne sont plus époux; ils n'ont donc pas la qualité requise pour pouvoir succéder. Les époux séparés restent époux; donc ils doivent succéder, et sans distinguer entre l'époux coupable et l'époux innocent. Cela est admis par tout le monde. Il en résulte cependant une singulière anomalie, dans l'opinion consacrée par la jurisprudence sur la révocation des libéralités faites à l'époux contre lequel la séparation est prononcée. Ces libéralités, fussent-elles révocables, fussent-elles des legs, sont révoquées de plein droit par la loi. Et cette même loi admet l'époux coupable à succéder à son conjoint! S'il est indigne de recueillir un legs, pourquoi est-il digne de recueillir toute l'hérédité?

354. Nous allons aborder cette question, l'une des plus controversées du droit civil. L'article 299 porte que l'époux contre lequel le divorce est prononcé, perd tous les avantages que l'autre époux lui avait faits. Cette disposition doit-elle être appliquée à la séparation de corps? Pendant trente ans, la cour de cassation a jugé que l'article 299 ne pouvait être étendu à la séparation (1). En 1845, les chambres réunies ont consacré l'opinion contraire, qui était celle de la plupart des cours d'appel. Nous maintenons la première doctrine, c'est celle qui a été professée par Merlin et Dupin, procureurs généraux à la cour de cassation, c'est celle qui est suivie par les cours de Belgique. Ecoutons d'abord les motifs que la cour suprême a donnés pendant trente ans à l'appui de cette opinion; nous examinerons ensuite les raisons qui l'ont engagée à changer de jurisprudence.

Dupin a résumé la doctrine suivie jusqu'en 1845 par la

(1) Les arrêts principaux sont rapportés dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 372. Cette opinion est professée par Merlin, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, § IV, n° 5, et *Questions de droit*, au même mot, § 1; Toullier, t. II, n° 781; Duranton, t. II, n° 629 et t. VIII, n° 572; Favard, au mot *Séparation entre époux*, sect. II, § 3; Grenier, *des Donations*, t. Ier, n° 220; Zachariæ et ses annotateurs, Massé et Vergé, t. Ier, p. 281, note 9; Demante, t. Ier, n° 285; Poujol, sur l'article 950, n° 8; Coin-Delisle, sur l'article 959, nos 4 et 9.

cour de cassation (1). La disposition de l'article 299 est exceptionnelle, sous quelque rapport qu'on la considère. Elle révoque de plein droit des libéralités qui sont irrévocables de leur essence; elle révoque encore de plein droit des libéralités révocables, il est vrai, mais seulement au gré du donateur. La loi les révoque de plein droit en cas de divorce. Ici il y a une nouvelle exception, en ce sens que la loi établit une peine contre l'époux coupable. Or, il est de principe que les exceptions sont de stricte interprétation, et il est de principe que les peines ne s'étendent jamais d'un cas à un autre. Cela suffit pour décider la question. C'est le grand argument de Merlin. « Il n'est pas possible, dit-il, de soutenir sérieusement que l'article 299 révoque de plein droit, par une disposition qui ne porte que sur le cas de divorce, les donations par contrat de mariage entre époux depuis séparés de corps. Pour étendre ainsi la disposition de l'article 299, il faudrait être législateur (2). »

Que répond la cour de cassation dans son arrêt de 1845 (3)? Directement rien. Comment nier ce qui est clair comme le jour? La cour soutient ce que Merlin croyait impossible de soutenir sérieusement, que l'article 299 est applicable à la séparation de corps aussi bien qu'au divorce. Elle part du principe que le chapitre de la Séparation de corps faisant partie du titre du Divorce, et suivant immédiatement celui qui règle les effets du divorce, les dispositions qui concernent ces effets doivent être appliquées à la séparation en tant qu'elles sont conciliables avec le maintien du mariage. La cour invoque, à l'appui de ce principe, la jurisprudence qui applique journellement à la séparation de corps les articles 301, 302 et 303 sur le divorce. Nous avons contesté ce prétendu principe dans tout le cours de notre travail sur la séparation de corps; nous avons établi que le législateur, loin de suivre la règle d'analogie, y déroge à chaque pas, alors qu'il y aurait même motif de décider. On ne peut pas nous opposer

(1) Dalloz, *Recueil périodique*, 1845, 1, p. 227 et suiv.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Séparation de corps*, t. XXX, p. 443, note 2.
(3) Arrêt du 23 mai 1845 (Dalloz, 1845, 1, 230).

les articles 301-303, nous en avons repoussé l'application à la séparation de corps, nous avons constaté que les tribunaux ne l'ont admise que sous l'empire de la nécessité. Mais il ne s'agit pas de notre avis; il faut nous placer sur le terrain de l'opinion générale et écouter ce que Dupin a répondu d'avance à l'argumentation de la cour suprême.

La cour de cassation prétend que, dans l'esprit de la loi, car le texte ne le dit certes pas, les effets du divorce et de la séparation de corps sont identiques, dans tous les cas où ils se concilient avec le maintien du mariage. S'il en était ainsi, le législateur n'aurait jamais dû déclarer applicables à la séparation de corps des dispositions qui règlent les effets du divorce, alors qu'il y a lieu de les appliquer; et il aurait aussi dû, en toute hypothèse, mettre la séparation sur la même ligne que le divorce, en tant qu'il n'y a pas incompatibilité. Est-ce là ce qu'il a fait? Nous n'avons que six articles sur la séparation de corps. Eh bien, l'un de ces articles (308) reproduit la disposition de l'article 298. Si la femme adultère est punie quand l'adultère est la cause du divorce, n'allait-il pas de soi que la femme séparée de corps, et coupable d'adultère, doit subir la même peine? Certes, ici il y a identité de raison, et le maintien du mariage ne s'oppose évidemment pas à la punition de la femme adultère. Pourquoi donc le législateur répète-t-il dans l'article 308 ce qu'il a dit dans l'article 298? Ne serait-ce pas parce qu'il suit un principe tout contraire à celui qu'on lui attribue? Toutes les fois que la loi veut étendre à la séparation les effets du divorce, elle prend soin de le dire. Ainsi l'article 1441 dit que la communauté se dissout par le divorce et par *la séparation de corps;* puis l'article 1451 répète que la dissolution de communauté opérée par le divorce ou par *la séparation de corps,* ne donne pas ouverture aux droits de survie de la femme. L'article 1518 applique ce principe au préciput, en répétant de nouveau : Lorsque la dissolution de la communauté s'opère par le divorce ou par *la séparation de corps,* il n'y a pas lieu à la délivrance actuelle du préciput. Si de plein droit ce qui est dit du divorce s'applique à la sépara-

tion de corps, à quoi bon répéter toujours les mots *séparation de corps* après avoir parlé du *divorce?*

D'autre part, la loi n'applique pas à la séparation de corps des effets qui dérivent du divorce, bien qu'il y ait analogie. Nous en avons cité bien des exemples, dans le peu que nous avons dit de la séparation de corps. Dupin cite les articles 386 et 767 dont nous venons de parler. Le père divorcé perd l'usufruit légal quand le divorce a été prononcé contre lui, tandis que le père séparé de corps le conserve. Les époux divorcés ne succèdent plus l'un à l'autre, tandis que les époux séparés de corps conservent leur droit de successibilité réciproque. Voilà une preuve légale que la prétendue analogie que l'on prétend trouver entre le divorce et la séparation de corps n'existe pas. Au contraire, il y a des différences essentielles qui ne permettent pas de transporter à la séparation ce que la loi dit du divorce : le législateur seul a ce droit.

La cour de cassation invoque aussi l'esprit de la loi. Pourquoi la loi déclare-t-elle l'époux défendeur en divorce déchu des avantages que lui a faits son conjoint? C'est, dit la cour, la conséquence des torts de l'époux avantagé; de là naît une cause d'indignité. Cette cause d'indignité est certes la même, que l'époux offensé demande la séparation de corps ou le divorce : conçoit-on que, pour avoir choisi la séparation, il ne jouisse pas d'un droit qu'il aurait s'il avait demandé le divorce? Cet argument a été reproduit sous bien des formes. Les mêmes causes, dit Proudhon, doivent produire les mêmes effets; l'ingratitude doit priver l'époux séparé de corps des avantages qui lui ont été faits, aussi bien que l'époux divorcé; sinon vous placez l'époux catholique entre son intérêt et son devoir, sa conscience lui disant qu'il doit se contenter de la séparation de corps, et son intérêt exigeant qu'il demande le divorce (1). M. Demolombe crie à l'inconséquence : l'époux coupable sera un ingrat privilégié! on le récompensera de son indignité (2)! A tous ces reproches, nous

(1) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. I[er], p. 544-546.
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. IV, p. 630 et suiv., n° 523.

pourrions nous borner à répondre avec Merlin : Adressez-vous au législateur! Il ne s'agit pas de ce que le législateur a dû faire, mais de ce qu'il a fait. Ce qu'il a fait est-il, après tout, si déraisonnable? Quand il y a divorce, les époux sont séparés pour jamais, le code leur défend même de se réunir. Quand il y a séparation de corps, le législateur espère toujours que les époux se rapprocheront de nouveau : c'est là, dit-on, un des avantages de la séparation. Il faut donc se garder d'y mettre la moindre entrave; et ne serait-ce pas entraver le rapprochement des époux que de donner à l'un d'eux un intérêt pécuniaire à maintenir la séparation? Il n'y a donc pas d'inconséquence à attacher au divorce un effet que ne doit pas produire la séparation de corps. Il n'est donc pas exact de dire que là où il y a même cause, il doit y avoir même effet. Que dire de ces prétendus catholiques qui, pouvant obéir à leur conscience, préfèrent leur intérêt? Il faut les renvoyer à l'Evangile, qui leur apprendra à dédaigner les biens de ce monde!

Nous attachons peu de prix à ces considérations morales, auxquelles on trouve toujours moyen de répondre par des considérations contraires; il faut les abandonner au législateur et revenir aux textes et aux principes. La cour de cassation cite un texte qui, à première vue, paraît favoriser son système, c'est l'article 1518 : il prononce, implicitement du moins, la déchéance du préciput conventionnel contre l'époux coupable, en cas de séparation de corps aussi bien qu'en cas de divorce. Cet argument a paru décisif à plus d'un jurisconsulte (1). L'article 1518 présuppose la déchéance, dit-on, plutôt qu'il ne l'introduit, ce qui indique qu'il s'en rapporte à un principe général, c'est-à-dire à l'article 299. On ajoute que cette disposition répond à l'argument de Merlin : le législateur lui-même étendant à la séparation de corps une peine qu'il a établie pour le divorce, on ne peut plus se prévaloir du principe que les peines ne s'étendent pas. Dupin a d'avance répondu à

(1) Arntz, *Cours de droit civil*, t. I[er], p. 257 et suiv., n° 493. Demolombe, t. IV, p. 639, n° 527.

l'objection. Le préciput n'est pas une donation, mais une convention de mariage, laquelle a pour base la collaboration commune des époux; et comme cette collaboration cesse par la séparation ainsi que par le divorce, l'article 1518 a dû enlever le bénéfice du préciput à celui des époux par la faute duquel la vie commune cesse. Peut-on invoquer une disposition qui parle d'un contrat à titre onéreux, pour en déduire un principe concernant les libéralités? Cela est peu logique. Vainement dit-on qu'il en résulte un argument *a fortiori*: pour établir des peines, il faut autre chose que des arguments, il faut des textes.

L'autorité de la cour de cassation jugeant chambres réunies a entraîné la plupart des cours d'appel. Il y a cependant quelques arrêts dissidents (1). Nous y trouvons une réponse à des arguments invoqués par la cour de cassation auxquels nous n'avons pas encore répondu. La cour suprême dit que dans l'ancien droit l'époux qui obtenait la séparation de corps avait le droit de faire prononcer la révocation des donations qu'il avait faites à son conjoint; que le code s'est approprié cette règle en lui donnant une nouvelle force, la révocation ayant lieu de plein droit en vertu de l'article 299. Cet argument historique n'aurait quelque valeur que si l'ancienne jurisprudence avait consacré la révocation de plein droit, et si les auteurs du code avaient déclaré que leur volonté était de maintenir la séparation de corps telle qu'elle existait jadis. Or, aucune de ces deux suppositions n'est vraie. Le code Napoléon a innové, et cette innovation ne concerne que le divorce. Donc l'ancien droit ne peut avoir aucune influence sur la décision de la question.

La cour de cassation s'est encore prévalue de la jurisprudence constante qui applique à la séparation ce que la loi dit du divorce, en ce qui concerne les enfants. A notre avis aussi, il y a une espèce d'inconséquence à étendre les articles 301-303 à la séparation, alors qu'on repousse l'application extensive de l'article 299. La cour de Douai ré-

(1) Arrêts de Douai du 10 mai 1847 et du 8 février 1848 (Dalloz, 1848, 2, 94 et 1855, 2, 198).

pond à ce reproche qu'il s'agit de mesures d'ordre et d'administration, que le juge peut étendre par voie d'analogie; que si les tribunaux l'ont fait, c'est sous l'empire d'une nécessité reconnue et urgente, la vie scandaleuse des époux ne permettant pas de leur laisser la direction de leurs enfants. Cette réponse n'est bonne que dans une supposition: si les tribunaux ont le droit, dans le silence de la loi, de modifier l'exercice de la puissance paternelle pour le plus grand avantage des enfants. Nous reviendrons sur cette question.

La question que nous venons d'examiner s'est présentée, en Belgique, après l'arrêt rendu par la cour de cassation de France, en 1845. Elle a été décidée négativement par le tribunal de Gand; cette décision, confirmée en appel (1), l'a aussi été par un arrêt de rejet de la cour de cassation, rendu sur les conclusions conformes du procureur général M. Leclercq (2). La cour de Bruxelles a jugé dans le même sens (3). On ne trouve pas d'arguments nouveaux dans les arrêts des cours de Belgique; le débat était épuisé par les longues discussions auxquelles la question avait donné lieu en France.

355. L'époux qui a obtenu la séparation de corps peut-il demander la révocation, pour cause d'ingratitude, des libéralités qu'il a faites à son conjoint? Dans l'opinion consacrée par la cour de cassation de France, cette question n'a plus d'intérêt, puisque la révocation a lieu de plein droit en vertu de la loi, et même malgré l'époux donateur. Par contre, elle est très-importante dans la doctrine que nous avons professée. Nous l'examinerons, au titre des Donations. C'est là qu'est le vrai siége de la matière.

356. Dans la doctrine de la cour de cassation, il se présente encore une question d'une grande importance. Si l'époux défendeur vient à mourir pendant l'instance, l'époux demandeur peut-il poursuivre l'instance pour obtenir la révocation des avantages qu'il avait faits à son conjoint? Même question quand c'est le demandeur qui meurt pen-

(1) Arrêt de Gand du 1er juillet 1846 (*Pasicrisie*, 1846, 2, 213).
(2) Arrêt du 20 mai 1847 (*Pasicrisie*, 1848, 1, 1).
(3) Arrêt de Bruxelles du 23 mai 1861 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 115).

dant l'instance : ses héritiers pourront-ils la poursuivre? Il faut poser la question d'une manière plus générale : la mort de l'un des époux avant la prononciation du jugement n'éteint-elle pas l'action d'une manière absolue? La jurisprudence s'est prononcée pour l'affirmative et la plupart des auteurs professent la même opinion (1). Nous l'avons enseignée en matière de divorce (n° 217). Il y a même motif de décider pour la séparation de corps. Le but principal, essentiel de l'action, c'est la cessation de la vie commune; or, la mort fait plus que relâcher le lien conjugal, elle le rompt. Ne serait-il pas absurde de demander aux tribunaux la faculté de vivre séparément alors que la mort a mis fin au mariage? Or, si l'on ne peut pas poursuivre l'instance en séparation, il est, par cela même, impossible de demander que le juge statue sur les effets pécuniaires de la séparation de corps : comment pourrait-il y avoir des effets là où il n'y a point de cause? Il a été jugé que l'instance ne pouvait pas même être reprise par les héritiers du demandeur, sous forme d'action en révocation des avantages nuptiaux pour cause d'ingratitude (2). En effet, la révocation qui se fonde sur l'article 299 ne donne pas lieu à une action; c'est la loi qui la prononce de plein droit et sans demande aucune. Il y a un motif de douter qui a entraîné quelques auteurs; c'est que, dans l'ancien droit, les héritiers étaient admis à reprendre l'instance dans le but d'obtenir la révocation des avantages faits à l'époux defendeur. Mais pourquoi en était-il ainsi? Il n'y avait pas révocation de plein droit, c'était une action en révocation fondée sur l'ingratitude (3). L'ancienne jurisprudence ne peut donc pas influer sur la décision de la question.

Tout ce que l'on peut demander, c'est si les juges saisis de la demande peuvent statuer sur les dépens. La juris-

(1) Voyez les auteurs et les arrêts cités dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n°s 385-387. Il faut y ajouter les arrêts de Rouen du 20 août 1863 (Dalloz, 1865, 2, 119), de Paris du 5 avril 1864, de Metz du 30 août 1864, et de Caen du 3 mai 1864 (Dalloz, *ibid.*)

(2) Arrêt de la cour de cassation du 5 février 1851 (Dalloz, 1851, 1, 49).

(3) Voyez les auteurs anciens cités dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 385.

prudence est divisée. La plupart des cours statuent sur les dépens, en ce sens qu'ils les compensent (1). Nous croyons avec la cour de Caen (2) que les tribunaux ne peuvent pas plus régler les dépens que décider sur le fond. En effet, le code de procédure veut (art. 130) que les dépens soient supportés par la partie qui succombe. Or, comment savoir qui aurait succombé dans l'instance en séparation? Il faudrait pour cela continuer l'instance; or, elle est éteinte. Donc personne ne succombe, et partant il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 130.

SECTION VI. — Cessation de la séparation de corps.

357. La séparation de corps cesse du moment où les époux sont d'accord pour rétablir la vie commune. Le code ne le dit pas, mais il n'avait pas besoin de le dire. En effet, le jugement qui prononce la séparation de corps ne condamne pas les époux à vivre toujours séparés, il leur en donne seulement le droit. Or, ils sont libres de renoncer à un droit qui n'est établi qu'en leur faveur. Loin d'empêcher la réunion des époux, le législateur la désire et l'espère. Aussi ne la soumet-il à aucune condition, et c'est la raison pour laquelle il n'en parle pas. Il n'y a que l'un des effets de la séparation de corps qui ne peut cesser que sous certaines conditions, c'est la séparation de biens. Voilà pourquoi le code en parle au titre du Contrat de mariage (art. 1451).

L'on a soutenu que le consentement de l'époux qui a obtenu la séparation suffit pour la faire cesser (2). Nous n'hésitons pas à dire que c'est une erreur. Le jugement prononce la séparation de corps entre deux époux. Qu'est-ce à dire? Que les deux époux sont séparés de corps, c'est-à-dire que chacun a le droit de vivre séparément. Or, si

(1) Arrêts de Paris du 5 avril 1864, de Rouen du 20 août 1863 et de Metz du 30 août 1864 (Dalloz, 1865, 2, 119).

(2) Arrêt de Caen du 3 mai 1864 (Dalloz, 1865, 2, 119).

(3) Cette opinion a pour elle un grand nombre d'auteurs qui sont cités dans Dalloz, au mot *Séparation de corps*, n° 407.

nous pouvons renoncer à un droit qui est établi en notre faveur, nous ne pouvons certes pas priver, par cette renonciation, un tiers du droit qui lui appartient. Cela décide la question. Sans doute, il importe de mettre fin à la séparation et de rétablir la vie commune. Mais serait-ce rétablir la communauté de vie et de sentiments que de forcer l'un des époux à se réunir à son conjoint? Ce serait une singulière réconciliation que celle qui se ferait malgré l'un des époux. Que cet époux soit le coupable, peu importe; il n'en a pas moins le droit de vivre séparé (1).

Il y a cependant un cas dans lequel la séparation peut cesser malgré l'un des époux, et, chose singulière, c'est l'époux coupable auquel la loi donne le droit de mettre fin à la séparation en demandant le divorce. Nous avons expliqué l'article 310 au chapitre du Divorce (n[os] 198-200, 303).

358. Quand les époux se réunissent, le jugement qui a prononcé la séparation perd-il tous ses effets? Il faut distinguer : oui, pour ce qui concerne les époux et les enfants : non, en ce qui concerne les biens. La vie commune est rétablie, le mariage produit de nouveau tous ses effets; le mari reprend l'exercice de la puissance maritale, et le père reprend la plénitude de la puissance paternelle. Il n'en est pas de même de la séparation de biens. Il suffit, à la vérité, du consentement des époux pour rétablir la communauté, mais il faut qu'ils observent les conditions et les formes que la loi prescrit (art. 1451). Nous reviendrons sur ce point au titre du Contrat de mariage.

Le rétablissement du mariage ne porte pas obstacle à ce que l'un des époux demande la séparation de corps ou le divorce, s'il survient une nouvelle cause pour laquelle la loi autorise soit le divorce, soit la séparation. Il y aurait lieu, en ce cas, d'appliquer par analogie l'article 273, qui permet de faire usage des anciennes causes pour appuyer la nouvelle demande, lorsque la première a été éteinte par la réconciliation. En effet, le rétablissement de la vie

(1) Demolombe, t. IV, p. 650, n° 352. Marcadé, t. I[er], p. 616 et suiv., n° 5 de l'article 311. Zachariæ, t. III, p. 378, note 4, édition d'Aubry et Rau.

commune s'est opéré par une réconciliation; on peut donc appliquer les principes qui régissent la réconciliation; ce que le législateur a fait dans le cas de l'article 273, l'interprète peut le faire dans tous les cas, puisqu'il s'agit de principes généraux.

TITRE VII.

DE LA PATERNITÉ ET DE LA FILIATION (1).

CHAPITRE Ier.

PRINCIPES GÉNÉRAUX.

359. On entend par filiation le lien qui rattache l'enfant à son père et à sa mère. Ce lien peut être légitime ou naturel. De là la distinction de la filiation légitime et de la filiation naturelle. Ces deux filiations s'établissent d'une manière différente, et elles ont des effets différents. La filiation légitime donne seule à l'enfant une famille et les droits importants qui en dérivent, le nom, les ancêtres, l'honorabilité, puis les droits pécuniaires tout ensemble et moraux, le droit à l'éducation, aux aliments, à l'hérédité. Il n'y a donc rien de plus important pour l'enfant que sa filiation légitime ; sa destinée tout entière en dépend. Quels sont les éléments qui constituent cet état, et comment, en cas de contestation, peut-il les prouver ?

La filiation légitime constitue la légitimité. Ce bienfait est un effet du mariage. C'est le mariage seul qui produit des enfants légitimes. Est-ce à dire que tous les enfants

(1) Richefort, *De l'état des familles,* 2 vol.

qui naissent pendant le mariage soient des enfants légitimes? Non, il se peut que l'enfant né pendant le mariage de ses père et mère ne soit pas légitime; il se peut aussi qu'il le soit, s'il naît après la dissolution de leur union. La légitimité est un fait complexe. Il faut avant tout, pour que l'enfant soit légitime, que ses père et mère soient mariés, puisque en dehors du mariage la légitimité ne se comprend pas. Il faut ensuite qu'il soit issu de l'homme et de la femme qu'il prétend être ses père et mère, et qu'il ait reçu le jour pendant leur union. De là suit que l'enfant qui veut établir sa légitimité doit prouver d'abord le mariage de l'homme et de la femme dont il se dit issu. Il doit ensuite prouver sa filiation, c'est-à-dire qu'il est né de telle femme qu'il dit être sa mère, ce que nous appelons la filiation maternelle; qu'il est né de tel homme, le mari de sa mère, ou la filiation paternelle. Cela ne suffit pas; comme c'est le mariage qui seul donne la légitimité, l'enfant doit prouver qu'il a été conçu pendant le mariage de ses père et mère. Toutefois, nous verrons que, par une fiction légale, la légitimité appartient aussi à l'enfant qui naît pendant le mariage de ses père et mère, bien qu'il ait été conçu avant la célébration de leur union. Enfin, s'il est constant, à la vérité, qu'un enfant est issu de deux personnes mariées, mais que l'on conteste que le demandeur soit cet enfant, il doit prouver son identité.

360. Comment se prouvent ces divers éléments de la légitimité? Au titre du Mariage, nous avons dit comment se prouve le mariage, quand c'est l'enfant issu du mariage qui doit faire cette preuve (1). Parmi les autres faits qui constituent la légitimité, il y en a que l'on peut prouver d'une manière directe, comme on prouve toute espèce de faits. Telle est l'identité; ce sont certains faits de possession d'état qui l'établissent; et ces faits n'étant pas juridiques de leur nature, mais des faits purs et simples, la preuve en peut être fournie par témoins; c'est l'application des principes généraux qui régissent la preuve testimoniale. La filiation maternelle est encore un fait susceptible

(1) Voyez, plus haut, nos 1-18.

d'être prouvé directement; en effet, la maternité se manifeste par un signe extérieur, la grossesse, et par un fait matériel, l'accouchement, signe et fait que le témoignage des hommes peut attester avec le même degré de certitude que tout autre fait. En ce sens, les jurisconsultes disent que la mère est toujours certaine; elle est certaine parce qu'elle peut être prouvée avec la certitude qui est la base des jugements (1). Cela est surtout vrai de la maternité légitime. Elle se produit en quelque sorte avec une évidence éclatante; car le plus souvent, presque toujours, les parents sont heureux de la manifester et de proclamer leur bonheur, en lui donnant la plus grande publicité. De là la force probante que la loi attache à l'acte de naissance, preuve par excellence de la filiation maternelle.

D'Aguesseau dit que rien n'est plus douteux que cette preuve, parce que rien n'est plus facile à altérer, à dissimuler qu'un acte de naissance. En effet, il se dresse sur une simple déclaration, et qui garantit que le déclarant dit la vérité? D'Aguesseau ajoute que c'est presque l'unique preuve que l'on puisse avoir de l'état des hommes; que, si on la rejetait, tous les fondements de la société civile seraient ébranlés; quelque douteuse donc, dit-il, que soit cette preuve, tout serait encore plus douteux si on ne l'admettait pas (2). L'illustre chancelier semble dire que c'est la nécessité seule qui a fait accorder une si grande foi à une preuve qui par elle-même est si douteuse. Non, c'est une probabilité telle, que la loi a pu hardiment y attacher la certitude. Ce n'est pas toute filiation maternelle qui s'établit par acte de naissance, c'est seulement la maternité légitime; c'est-à-dire que lorsque l'enfant produit son acte de naissance pour prouver sa filiation maternelle, le mariage est constant. C'est donc dans cette hypothèse qu'il faut se placer pour voir si la preuve résultant de l'acte de naissance est aussi douteuse que semble le dire d'Aguesseau. Les parents auraient-ils quelque intérêt à cacher, à déguiser, à altérer la preuve qui atteste

(1) « *Semper certa est mater.* » L. 5, D., II, 4 (*de in jus vocando*).
(2) D'Aguesseau, plaidoyer XLVII (Œuvres, t. IV, p. 271 et suiv. de l'édition in-4°).

leur bonheur? Ce n'est que dans des cas excessivement rares que la déclaration de naissance ne sera pas conforme à la réalité. Ce qui le prouve, c'est la rareté des monuments que la jurisprudence nous offre sur cette matière. Nous pouvons donc dire que la filiation maternelle repose sur une preuve qui, d'après toutes les probabilités, est l'expression de la vérité.

Il est rare que cette preuve fasse défaut; quand cela arrive, la loi en admet une autre tout aussi certaine, la possession d'état. L'orateur du Tribunat, Duveyrier, cite avec complaisance les paroles enthousiastes qu'un de nos maîtres a écrites sur la possession d'état : « De toutes les preuves, dit Cochin, qui assurent l'état des hommes, la plus solide et la moins douteuse est la possession publique. L'état n'est autre chose que la place que chacun tient dans la société générale et dans les familles; et quelle preuve plus décisive peut fixer cette place, que la possession publique où l'on est de l'occuper depuis qu'on existe? Les hommes ne se connaissent entre eux que par cette possession. On a connu son père, sa mère, son frère, ses cousins, on a été de même connu d'eux. Le public a vu cette relation constante. Comment, après plusieurs années, changer toutes ces idées et détacher un homme de sa famille? Ce serait dissoudre ce qui est pour ainsi dire indissoluble; ce serait séparer les hommes jusque dans les sociétés qui ne sont établies que pour eux (1). »

Le plus souvent, l'acte de naissance et la possession d'état concourent; dans ce cas, la certitude devient absolue, autant que l'homme, être faillible, peut parler de vérité absolue (art. 322); par suite, le législateur n'admet plus aucune contestation sur l'état de celui qui a cette double preuve. Sans doute, il peut y avoir erreur, malgré le concours des preuves les plus puissantes. Mais cette erreur est si peu probable que le législateur n'a point voulu qu'elle devînt l'occasion d'un procès qui ébranlerait les positions les plus assurées. Ici nous rencontrons un principe qui guide le législateur dans la solution des difficultés si

(1) Cochin, Œuvres, t. Ier, p. 590, édition in-4°.

délicates que présente la filiation. Il veut consolider l'état des personnes; quand il a pour lui une probabilité qui l'assure, il s'y tient, au risque même de se mettre en opposition avec la réalité des choses; il préfère, au besoin, les fictions à la vérité, qu'il est si difficile de découvrir dans le conflit des intérêts et des passions.

Nous avons donc une base solide sur laquelle s'appuie la filiation maternelle, les actes de naissance et la possession d'état. Il peut arriver que ces deux preuves fassent défaut; la loi admet, en ce cas, par nécessité, la preuve testimoniale, en l'entourant de garanties qui en préviennent le danger. Voilà certes une preuve on ne peut pas plus douteuse. Mais aussi ce n'est que dans des circonstances excessivement rares qu'il y a lieu d'y recourir. C'est à peine si l'on en trouve un exemple dans les annales judiciaires. Cette preuve si exceptionnelle n'est pour ainsi dire que de théorie. Elle n'ébranle donc pas la certitude qui, en établissant la filiation maternelle, devient la base de l'état des familles.

361. Quand de la filiation maternelle on passe à la filiation paternelle, il semble que la certitude fait place à l'incertitude la plus absolue. Le plus ancien des poëtes dit que personne ne peut connaître son père, et encore moins prouver la paternité. La paternité est un mystère que la science et les investigations de la justice ne sauraient pénétrer. C'est donc inutilement, dit un magistrat, que l'on cherche des preuves véritables, des preuves certaines et authentiques, dans un sujet qui n'admet tout au plus que des probabilités et des présomptions (1). Est-ce à dire que la filiation paternelle reste toujours incertaine et qu'on ne puisse l'établir que sur de vagues vraisemblances? Non, elle n'est incertaine qu'en ce sens qu'elle ne se peut prouver directement, tandis que la maternité est certaine parce qu'elle comporte une preuve directe. Mais il y a une preuve indirecte, qui parfois est la plus forte des preuves, ce sont les présomptions, c'est-à-dire les conséquences que

(1) Muraire, premier président de la cour de cassation, Éloge de Target. prononcé à l'audience du 13 août 1807 (Merlin, *Répertoire,* au mot *Légitimité,* sect. II, t. XVII, p. 400).

la loi tire d'un fait connu à un fait inconnu (art. 1349). Bien que cette preuve ne consiste que dans un raisonnement fondé sur des probabilités, la certitude qui en résulte est telle, que certaines présomptions n'admettent pas la preuve contraire (art. 1352). Eh bien, la paternité s'établit sur une présomption aussi vieille que le mariage, aussi forte que la moralité. Les auteurs du code civil en ont emprunté la formule au droit romain (1) : « L'enfant conçu pendant le mariage, dit l'article 312, a pour père le mari. » Est-ce là une simple vraisemblance, une probabilité douteuse? Non, certes, car elle a pour fondement le sentiment du devoir que Dieu a gravé dans notre conscience. La femme doit fidélité à son mari, ce devoir elle ne peut le violer que par un crime. Est-ce la fidélité qui forme la règle presque universelle, ou est-ce l'adultère? Nous ne posons la question que pour entendre la protestation de la conscience qui se révolte contre la seule supposition que le crime règne en souverain au sein des familles. Non, c'est l'affection, et, à défaut d'affection, le devoir. Cette base-là est aussi solide que les écritures authentiques. Le père est donc, en réalité, aussi certain que la mère. Ecoutons un instant d'Aguesseau : « Rien n'est plus fort que cette présomption. La loi ne présume jamais le crime; toujours favorable à l'innocence, quand un même effet peut avoir deux causes, l'une injuste, l'autre juste et légitime, elle rejette absolument la première pour s'attacher uniquement à la dernière. Ainsi quoiqu'il puisse arriver qu'un enfant conçu dans le temps du mariage soit redevable de la vie au seul crime de la mère, cependant, parce qu'il se peut faire aussi qu'il ne la doive qu'à l'union honorable d'une femme avec son mari, on présume toujours que la mère est innocente et le fils légitime, jusqu'à ce que le contraire soit démontré par des preuves évidentes (2). »

La présomption établie par l'article 312, dérivant du devoir de fidélité, ne peut être invoquée que par l'enfant

(1) *Pater is est, quem nuptiæ demonstrant*, L. 5, D., II, 14 (*de in jus vocando*).

(2) D'Aguesseau, plaidoyer XXXIV (Œuvres, t. III, p. 180, 181).

qui est conçu pendant le mariage, peu importe du reste l'époque de sa naissance, quand même il naîtrait après la dissolution du mariage : conçu pendant le mariage, il a pour père le mari. Par contre, s'il est conçu avant le mariage, bien qu'il naisse pendant le mariage, il ne peut invoquer la présomption, car il a été conçu à une époque où aucun lien légal n'existait entre ceux qui lui ont donné le jour. Mais ici reparaît le principe qui guide le législateur en matière de filiation : il est possible, il est même probable que l'enfant conçu avant le mariage et né pendant le mariage appartienne à celui qui a épousé la mère. De cette probabilité, la loi fait une présomption en faveur de l'enfant, et par suite elle le répute légitime. Cette légitimité est, à vrai dire, fictive. La loi établit la fiction par faveur pour la légitimité; il faut donc l'accepter avec toutes ses conséquences.

La présomption de l'article 312 suppose que l'enfant est conçu pendant le mariage. Mais comment peut-on prouver que la conception a eu lieu pendant le mariage, alors que l'enfant naît quelques mois après la célébration ou quelques mois après la dissolution du mariage? Ici nous sommes encore une fois en plein mystère. Il est impossible de déterminer avec certitude le moment de la conception. Si la grossesse avait une durée fixe, toujours la même, il serait facile de préciser le jour de la conception, mais tout le monde sait que cela n'est point. Depuis que la médecine est devenue une science, elle a constaté, à la vérité, que la grossesse avait une durée ordinaire de neuf mois, mais elle a aussi observé que cette règle recevait des exceptions, en ce sens qu'il y a des naissances précoces, l'enfant venant à naître avant le terme de neuf mois et des naissances tardives, l'enfant venant à naître après ce terme. Dès lors l'époque où l'enfant est conçu ne saurait être fixée avec quelque certitude, une différence d'un jour suffisant pour entraîner la légitimité ou l'illégitimité de l'enfant. Dans cette incertitude, que devait faire le législateur?

La loi veut assurer l'état des personnes; elle ne pouvait donc pas, elle ne devait pas s'en rapporter à la pru-

dence du juge sur l'époque de la conception, puisque le juge n'a aucun moyen de s'éclairer, la science n'étant pas parvenue à dévoiler le mystère de la nature. Elle devait donc tracer elle-même des règles d'après lesquelles on pût déterminer avec quelque probabilité l'époque de la conception. Cette époque dépend de la durée de la grossesse. Or, les gens de l'art ont constaté que si la grossesse dure généralement neuf mois, elle peut parfois dépasser ce terme de plusieurs semaines, mais qu'elle ne dépasse guère dix mois, si toutefois elle les a jamais dépassés. D'autre part, l'expérience a appris que l'enfant peut naître viable dès le septième mois, bien que ces naissances précoces soient une rare exception (1). C'est d'après ces faits que le législateur a établi des présomptions sur la durée de la grossesse et par conséquent sur le moment de la conception. L'enfant qui naît après six mois de mariage peut avoir été conçu pendant le mariage. De cette possibilité le législateur fait une probabilité en faveur de l'enfant, et il décide en conséquence que l'enfant né après le cent-quatre-vingtième jour du mariage est conçu pendant le mariage, et que par suite il a pour père le mari de sa mère. De même, si l'enfant naît dans les trois cents jours qui suivent la dissolution du mariage, cet enfant peut avoir été conçu pendant le mariage ; le législateur fait de nouveau de cette possibilité une probabilité en faveur de l'enfant, il le déclare conçu pendant le mariage, et par suite l'enfant aura pour père le mari. Ces présomptions ne seront en harmonie avec la vérité que dans l'hypothèse où la grossesse aura eu le terme ordinaire de neuf mois; en deçà comme au delà de ce terme, il n'y a plus qu'une possibilité, tout au plus une probabilité. Avouons-le, aux limites extrêmes des époques admises par la loi pour la

(1) Fourcroy, membre du conseil d'Etat, lors de la discussion du projet de code civil, présenta un rapport sur les naissances précoces et les naissances tardives (séance du 14 brumaire an x, n° 26, Locré, t. II, p. 27). Il arrivait à la conclusion suivante : cent quatre-vingt-six jours pour les naissances accélérées, et deux cent quatre-vingt-six jours pour les naissances tardives (Locré, p. 33). Le conseil s'en tint à la règle traditionnelle que l'on rapporte à Hippocrate. Remarquons encore que les mois républicains étant de trente jours, les termes admis par le code répondaient exactement à six et à dix mois.

durée de la grossesse la plus longue et de la grossesse la plus courte, la présomption de la loi sera le plus souvent en opposition avec la réalité. Un enfant naît bien constitué, comme le sont les enfants après une gestation de neuf mois, cent quatre-vingts jours après la célébration du mariage : cet enfant sera présumé conçu pendant le mariage. Pure fiction de la loi, car bien certainement cet enfant aura été conçu avant le mariage. Un enfant naît le trois centième jour après la dissolution du mariage; il ne porte aucune trace d'une naissance tardive, il sera donc de fait conçu après le mariage, tandis que de droit il sera présumé conçu avant le mariage, partant il sera l'enfant du mari, bien qu'il ne lui appartienne pas. Les présomptions pouvant être en désaccord avec la réalité, naît la question de savoir si celles qui établissent la durée de la grossesse peuvent être combattues par la preuve contraire.

En principe, il faut répondre négativement. Le principe résulte du motif même pour lequel la loi a établi ces présomptions. Elle a voulu assurer l'état des hommes, en le mettant à l'abri des incertitudes de la science; et dès qu'il y avait seulement un doute possible, elle a interprété le doute en faveur de la légitimité. Les orateurs du gouvernement et du Tribunat sont unanimes sur ce point, au moins sur la règle, bien qu'ils s'en écartent dans l'application. Pour le moment, il s'agit de la règle. L'ancienne jurisprudence abandonnait à la prudence des tribunaux la décision de ces difficiles contestations. Qu'en résultait-il? Bigot-Préameneu nous le dit : « Les juges ne pouvaient recevoir aucune lumière sur le fait particulier (la science étant impuissante), et chaque tribunal se formait un système différent sur l'extension ou sur la limitation qu'il devait admettre dans le cours ordinaire de la nature. La jurisprudence n'avait aucune uniformité par le motif même *qu'elle ne pouvait qu'être arbitraire.* » Quel a été le but des auteurs du code civil? Bigot-Préameneu répond : « Il fallait sortir d'un pareil état. Ce n'était pas une *vérité absolue* que les rédacteurs de la loi avaient à découvrir; il leur suffisait de donner aux juges une règle qui *fixât*

leur incertitude (1). » Suffisait-il, pour mettre fin à l'arbitraire et pour fixer l'incertitude des magistrats, d'établir une règle sur la durée de la grossesse, sauf à leur permettre de s'écarter de cette règle? C'eût été fermer une porte à l'arbitraire et en ouvrir une autre. Jeu d'enfant! Non, le législateur a voulu que les deux termes fussent de rigueur. C'est Lahary qui le dit dans son rapport au Tribunat (2), et le tribun Duveyrier, dans le remarquable discours qu'il prononça devant le Corps législatif, s'exprime dans le même sens (3). « On s'accorde généralement, dit-il, à penser que, malgré les variations incontestables de la nature, il est un terme au delà duquel on ne trouve plus que l'impossible ou le monstre. Il était sans doute préférable de saisir et de marquer *invariablement* ce terme, *au risque d'errer sur quelques cas improbables*, plutôt que de laisser toutes les questions relatives à l'état des hommes sous la dépendance d'un calcul *arbitraire.* » Ainsi le législateur a prévu que la règle *invariable* qu'il posait pourrait conduire à une erreur dans des cas improbables, et il a préféré ce danger à celui bien plus grand de l'*arbitraire*. C'est dire qu'entre deux maux possibles, le législateur a choisi le moindre.

S'il y a un reproche à faire à la loi, ce n'est pas d'avoir compromis la légitimité de l'enfant en traçant des règles invariables, c'est plutôt d'avoir fait ces règles tellement larges que l'enfant conçu hors mariage peut se mettre à l'abri de ces présomptions et se dire légitime. Nous en avons déjà fait la remarque : bien souvent la réalité donne un démenti aux présomptions de la loi, parce qu'elles sont trop favorables à l'enfant. Cela nous révèle l'esprit du législateur : il favorise la légitimité, alors même que l'enfant qui la réclame n'a pour lui qu'un doute. C'est que la légitimité fonde seule la famille, et la famille est la base de la société : mieux vaut une légitimité fictive, pourvu

(1) Exposé des motifs, n° 7 (Locré, t. II, p. 86).
(2) Lahary, Rapport au Tribunat, n° 5 (Locré, t. II, p. 99).
(3) Duveyrier, Discours, n° 11 (Locré, t. II, p. 124). Le Tribunat dit aussi, dans ses observations officielles, que le but de la loi a été de prévenir les inconvénients de l'arbitraire (n° 2, Locré, t. II, p. 76).

qu'elle ait pour elle des apparences plus ou moins probables, qu'une filiation naturelle, et surtout une filiation adultérine ou incestueuse.

Quant à la seconde présomption, celle de paternité proprement dite, établie par l'article 312, elle n'est pas absolue comme celle qui détermine la durée de la grossesse et l'époque de la conception; l'article 312 admet la preuve contraire. Cela est fondé en raison. Comme le dit d'Aguesseau, la présomption que le mari est le père de l'enfant conçu pendant le mariage, suppose non-seulement le mariage, mais aussi la cohabitation des époux. Cette cohabitation est sans doute la règle, mais la règle peut souffrir des exceptions. Le législateur permet de prouver ces exceptions. Pourquoi autorise-t-il cette preuve, alors qu'il la rejette quand il s'agit de la présomption qui fixe la durée de la grossesse? C'est que dans le dernier cas la preuve contraire eût été impossible à fournir, vu le mystère qui entoure la conception; tandis que le mari peut prouver avec un certain degré d'évidence qu'il a été dans l'impossibilité de cohabiter avec sa femme. Quand l'impossibilité est physique, à cause de son éloignement ou d'une impuissance accidentelle, il y a une preuve matérielle, palpable que le mari n'est pas le père de l'enfant né de sa femme. Quand l'impossibilité est morale, il peut rester quelque doute; la loi écarte les chances d'erreur en n'admettant l'impossibilité morale que lorsqu'elle est accompagnée de circonstances aggravantes et qui à elles seules témoignent déjà contre la paternité du mari : c'est l'adultère, c'est le recèlement de la naissance de l'enfant. Maintenant on comprendra que la loi a dû admettre la preuve contre la présomption de paternité. Une présomption n'est après tout qu'un calcul de probabilités. Les probabilités doivent céder devant la réalité.

La preuve contraire permise au mari s'appelle l'action en désaveu. Elle n'appartient en principe qu'au mari; car lui seul peut savoir s'il est le père de l'enfant auquel sa femme a donné le jour. Ses héritiers ne peuvent l'exercer que s'ils la trouvent dans le patrimoine du défunt. L'action doit être intentée dans un très-bref délai. Voilà bien des

restrictions ; on dirait que la loi est à la recherche d'entraves pour empêcher que l'illégitimité de l'enfant ne soit déclarée. Elle a cependant dû se relâcher de cette rigueur quand l'enfant, quoique né pendant le mariage, a été conçu avant sa célébration. Cet enfant est réellement illégitime par la date seule de sa naissance ; le mari doit donc avoir le droit de le rejeter de la famille, à moins qu'il ne soit prouvé qu'il l'a reconnu comme sien.

On voit que la loi accumule les garanties au profit de la filiation légitime; on pourrait dire qu'elle lui prodigue ses faveurs. Mais n'oublions pas quel est l'enfant qui jouit de ces bienfaits. Il n'y a que celui qui est conçu pendant le mariage, ou au moins né après sa célébration, qui puisse les invoquer. Cela suppose donc, comme nous l'avons déjà dit, que le mariage est constant. C'est en l'honneur du mariage, en définitive, que la loi établit les présomptions que nous venons d'expliquer. Il faut donc que l'enfant prouve qu'il est né du mariage, c'est-à-dire qu'il établisse d'abord la célébration du mariage, puis sa filiation maternelle, enfin son identité. La loi n'accorde pas la même foi à tous les moyens qu'elle admet pour prouver la filiation maternelle. C'est seulement quand l'enfant produit un acte de naissance, qu'il profite des présomptions établies par la loi. Quand il n'a pas d'acte de naissance, ni de possession d'état, la loi lui permet, à la vérité, de prouver sa filiation maternelle par témoins, et, la preuve faite, d'invoquer la présomption de paternité ; mais le mari n'est plus obligé, dans ce cas, de recourir à l'action en désaveu ; il peut repousser les prétentions de l'enfant par toutes les voies de droit. Ici le législateur montre à l'enfant une rigueur inusitée; mais rien de plus juste : si elle devait protéger l'enfant qui réclame son droit, elle doit aussi écarter l'impudent aventurier qui cherche à entrer par force dans une famille à laquelle il n'appartient pas (art. 325).

Nous avons supposé jusqu'ici que l'enfant est conçu ou au moins né pendant le mariage. Si l'enfant est conçu après la dissolution du mariage, il va sans dire qu'il ne peut plus invoquer la présomption de paternité qui découle du mariage. Or, en vertu des présomptions sur la durée de

la grossesse, l'enfant est présumé conçu après le mariage quand il naît trois cents jours après sa dissolution (art. 315). D'après la rigueur des principes, cet enfant naît illégitime, puisqu'il est conçu hors du mariage, et la loi aurait pu le déclarer tel. Mais, par une dernière faveur accordée à la légitimité, elle s'abstient et abandonne aux parties intéressées le soin d'attaquer la légitimité de cet enfant. Comme la date seule de sa naissance prouve son illégitimité, il suffit de contester l'état de cet enfant, pour que le juge doive le déclarer illégitime. Le juge ne fait que déclarer, dans chaque cas particulier, ce que le législateur aurait pu déclarer pour tous les enfants nés plus de trois cents jours après la dissolution du mariage. L'action par laquelle les parties intéressées demandent que l'enfant conçu après le mariage soit déclaré illégitime, s'appelle action en contestation de légitimité. Elle n'est pas soumise aux restrictions qui entravent l'action en désaveu. L'enfant n'étant plus sous la protection du mariage, il n'y avait aucune raison pour lui accorder une faveur exceptionnelle ; c'eût été, au contraire, favoriser l'inconduite de la femme veuve ou divorcée. Puisqu'il n'y a plus de mariage, on rentre dans le droit commun.

362. La filiation des enfants naturels repose sur de tout autres principes que la filiation des enfants légitimes. En protégeant, en favorisant la légitimité, au besoin par des fictions, le législateur honore le mariage, il consolide les familles. Or, la famille est la base de l'ordre social. « Elle est le sanctuaire des mœurs, dit Portalis; c'est là que les vertus privées préparent aux vertus publiques(1). » Par cela même, le législateur ne peut avoir pour les enfants naturels les mêmes égards qu'il témoigne aux enfants légitimes. L'enfant naturel n'a pas de famille; il a un père, une mère, mais aucun lien légal ne les unit; le plus souvent ils ne vivent pas en commun, et quand il y a vie commune, c'est un scandale de plus, puisque c'est afficher le désordre et l'immoralité. Toutefois, il ne faut pas que

(1) Portalis, *Exposé général du système du code civil*, n° 23 (Locré, t. Ier, p. 193).

la défaveur qui frappe les enfants naturels soit poussée jusqu'à l'injustice. Ceux qui leur donnent le jour contractent des obligations à leur égard ; les enfants ont des droits contre leurs parents. Ces droits, la loi ne peut les méconnaître et elle doit en assurer l'exercice. Comme le dit très-bien l'orateur du gouvernement, il y a deux écueils à éviter ; le législateur révolutionnaire avait accordé aux enfants naturels une faveur telle, que le mariage en était amoindri, tandis que l'ancien droit était parfois d'une dureté révoltante. Est-il vrai, comme le dit Bigot-Préameneu, que le code civil ait posé les justes limites entre lesquelles ni les droits de la nature, ni ceux de la société ne sont violés (1)? Nous croyons qu'il a sacrifié les droits des enfants naturels à l'honneur du mariage, et sans grand profit pour la moralité publique. Le législateur français s'est trop préoccupé de l'intérêt social. Cambacérès dit « que la meilleure législation est celle qui favorise l'intérêt général de la société et les progrès de la morale publique (2). » Sans doute, mais à une condition, c'est qu'elle respecte avant tout les droits des individus.

La nature des choses établit des différences considérables entre les enfants naturels et les enfants légitimes. Pour les premiers, il ne peut être question de légitimité, puisque le mariage seul la produit. Ils n'ont donc qu'une simple filiation qui les rattache à leur père et à leur mère. Même en ce qui concerne la filiation, la différence est grande entre les enfants naturels et les enfants légitimes. La filiation maternelle de ceux-ci s'établit, en général, sans aucune espèce de reconnaissance ou d'aveu de la mère. Ce sont les personnes présentes à l'accouchement qui font la déclaration de naissance à l'officier de l'état civil, et l'acte que celui-ci dresse fait foi de la filiation maternelle. Il n'en est pas ainsi des enfants naturels. On dresse, à la vérité, acte de leur naissance ; mais cet acte ne prouve pas leur filiation, il n'atteste qu'une chose, c'est qu'un enfant est né. Pourquoi, la maternité étant certaine, l'acte de

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 32 (Locré, t. III, p. 93).
(2) Cambacérès, Premier projet de code civil, discours préliminaire, p. 15.

naissance ne prouve-t-il pas la filiation naturelle aussi bien que la filiation légitime? Si la mère est certaine, comme disent les jurisconsultes romains, alors même qu'elle est naturelle, c'est seulement en ce sens que le fait de la maternité peut être prouvé, comme tout fait; mais il ne résulte pas de là que la loi doive et puisse admettre les mêmes preuves pour la filiation naturelle et pour la filiation légitime. S'agit-il d'un enfant né dans le mariage, la déclaration de naissance sera, sauf de très-rares exceptions, l'expression de la vérité; l'indication du nom de la mère doit donc prouver la filiation légitime. Tandis que la mère naturelle a la plus puissante des raisons pour cacher son nom ou pour le déguiser : déclarer son nom, c'est proclamer sa honte, c'est éterniser son déshonneur. Dès lors le législateur doit se défier des indications que les déclarants donnent à l'officier de l'état civil ; il n'y peut voir l'expression de la vérité, parce que trop souvent il reconnaîtrait comme vrai ce qui est faux.

L'acte de naissance étant rejeté, il ne reste en principe qu'une preuve de la filiation naturelle, c'est l'aveu ou la reconnaissance des père et mère. Cela suppose que la filiation paternelle, aussi bien que la filiation maternelle, ne s'établit que par la reconnaissance. La filiation paternelle de l'enfant né d'une femme mariée s'établit par voie de présomption; il est de toute évidence qu'il ne peut être question d'une présomption basée sur le devoir de fidélité dans des relations où il n'y a aucun devoir, où tout est désordre, faute, crime. Il est tout aussi évident que la déclaration que la mère ferait du père ne serait pas une preuve de la paternité, puisque rien n'en garantit la vérité. Reste donc la reconnaissance du père pour établir la filiation paternelle.

La reconnaissance est un aveu, donc elle est volontaire. Mais si le père et la mère se refusent à reconnaître l'enfant auquel ils ont donné le jour, celui-ci a-t-il le droit d'agir contre eux pour se faire reconnaître malgré ses parents? En principe, la loi devrait admettre la recherche de la paternité et de la maternité, car les père et mère contractent des obligations envers l'enfant, et tout débi-

teur est tenu de remplir ses obligations. La loi n'applique ce principe qu'à la mère, parce qu'elle est certaine; elle décide, au contraire, que la recherche de la paternité est interdite (art. 340). Cette prohibition n'est pas une rigueur injuste; si le législateur n'admet pas la recherche de la paternité, c'est que la preuve directe de la paternité est impossible. Elle ne peut s'établir que par voie de présomption; or, les présomptions font défaut en cette matière. Si donc le législateur admettait la recherche de la paternité naturelle, qu'en résulterait-il? Des décisions d'une incertitude extrême, et cette incertitude ne favoriserait-elle pas des actions scandaleuses, et par suite des spéculations sur le scandale pour se faire payer le silence? Dans l'ancien droit, la recherche de la paternité était admise et les abus que nous posons en question étaient une triste réalité. Il y a comme un concert de plaintes contre l'ancienne législation dans les discours des orateurs du gouvernement et du Tribunat (1). Nous n'avons aucune envie de nier les abus. Mais notre législation ne consacre-t-elle pas aussi un abus et des plus graves? Quoi! une malheureuse est séduite, et elle n'a aucune action contre le séducteur qui l'a indignement trompée? Si l'ancien droit donnait une prime aux prostituées, le nouveau donne un brevet d'impunité à une race qui n'est pas plus honorable, à la canaille en gants jaunes. L'expression est de Vauvenargues. Et laquelle de ces canailles est la plus coupable: les infâmes qui ont joui des bienfaits de l'instruction et de l'éducation, ou les misérables nées dans la fange et élevées dans le vice? Puis n'y a-t-il pas les enfants que l'on sacrifie à la crainte qu'un aventurier ne vienne usurper un nom honorable? Crainte le plus souvent chimérique, en ce sens du moins que le fait ne se présentera que rarement. Est-ce que, en vue d'exceptions romanesques, le législateur devait méconnaître les droits des victimes trop nombreuses de l'inconduite jointe à l'égoïsme?

L'enfant naturel ne peut donc rechercher que sa mère.

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 33 (Locré, t. III, p. 94). Lahary, Rapport au Tribunat, n° 38 (Locré, t. III, p. 115), Duveyrier, Discours, n° 38 (Locré, t. III, p. 136).

Encore la loi entoure-t-elle cette action de précautions dictées par la crainte qu'inspire la preuve testimoniale. Le code veut que l'enfant ait un commencement de preuve par écrit qui rende probable d'abord l'accouchement de la femme qu'il prétend être sa mère, puis son identité. Nous comprenons ces craintes, ainsi que la sollicitude du législateur pour l'honneur de la mère. Mais à force de veiller aux intérêts de la mère, il oublie ceux de l'enfant. Cependant celui-ci a plus qu'un intérêt à faire valoir, il a un droit à réclamer, et il est certain que sa mère refuse de remplir le devoir que la nature lui impose. N'était-ce pas une raison suffisante pour faciliter l'action du malheureux qui recherche sa mère? Et on le met à sa merci, en exigeant un écrit émané de celle qui le repousse, c'est-à-dire une espèce d'aveu ou de reconnaissance tacite, de sorte qu'en définitive tout dépend de la volonté de la mère! Pourquoi l'acte de naissance ne serait-il pas un commencement de preuve? Rédigé au moment même de la naissance, sur la déclaration de ceux qui y ont assisté, s'il nomme la mère, il sera le plus souvent l'expression de la vérité. Qu'il ne fasse pas preuve entière, soit; mais n'est-ce pas une rigueur excessive que de lui refuser toute force probante?

Il y a des êtres malheureux que la mère ne peut pas même reconnaître, et qui par conséquent ne peuvent pas rechercher la maternité; ce sont les enfants adultérins et incestueux. Ici l'intérêt général fait plus que dominer celui de l'enfant, il anéantit son droit. Ecoutons les orateurs du gouvernement et du Tribunat. « La reconnaissance des enfants incestueux ou adultérins, dit Bigot-Préameneu, serait, de la part du père et de la mère, l'aveu d'un crime. Il faut aussi éviter le scandale public que causerait l'action judiciaire d'un enfant adultérin ou incestueux qui rechercherait son état dans la preuve du délit de ceux qu'il prétendrait être les auteurs de ses jours. » « La naissance d'un enfant, dit le tribun Lahary, quand il est le fruit de l'inceste ou de l'adultère, est une vraie calamité pour les mœurs. Loin de conserver aucune trace de son existence, il serait à désirer qu'on pût en éteindre jusqu'au souvenir... Flétrir ainsi la violation du saint nœud du mariage,

c'est l'honorer de la manière la plus utile. » Le tribun parle avec une dureté extrême de la recherche que les enfants adultérins et incestueux voudraient faire de leur filiation maternelle : « Y aurait-il rien de plus immoral, s'écrie-t-il, que d'assurer la protection des lois à cet enfant monstrueux qui, pour quelques aliments qu'il peut se procurer d'ailleurs, accuserait les auteurs de ses jours de lui avoir donné naissance par un crime (1)! »

Il y a beaucoup de phraséologie dans cette indignation. Le vrai *monstre*, ce n'est pas l'enfant qui recherche sa mère, c'est la mère qui repousse son enfant. Elle est coupable, oui. Si elle fait l'aveu de son crime, ou si on le découvre malgré elle, punissez-la, mais n'enlevez pas à l'enfant un droit que la nature lui assure, le droit à l'éducation, le droit aux aliments. Par une étrange contradiction, les auteurs du code civil donnent des aliments aux enfants incestueux et adultérins (art. 762), et ils rendent ce droit le plus souvent illusoire, en interdisant toute reconnaissance de ces malheureux, soit volontaire, soit forcée. Pour devoir leur naissance à un crime, les enfants, fruit de l'adultère ou de l'inceste, ne sont-ils plus des hommes? n'ont-ils pas droit à être élevés? Refusez-leur la richesse, si leur mère est riche, mais ne leur refusez pas le pain de vie de l'éducation! Les auteurs du code civil ont voulu honorer le mariage, ils ont voulu flétrir l'adultère et l'inceste. Nous applaudissons à ce sentiment moral. Mais n'est-ce pas se faire illusion que de croire que cette flétrissure arrêtera ceux qui se livrent à la fougue de leurs sales passions? Rien de plus égoïste que le crime. Ceux qui ne reculent pas devant la honte de l'inceste et de l'adultère, ne songent guère aux enfants qui devront le jour à leur impureté!

Quand la filiation naturelle est établie, elle est loin de produire des effets aussi considérables que la filiation légitime. D'abord elle peut être contestée par tous ceux qui y ont intérêt, tandis que l'acte de naissance appuyé sur

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, nº 35 (Locré, t. III, p. 94). Lahary, Rapport, nº 34 (Locré, t. III, p. 115).

l'acte de mariage assure l'état des enfants légitimes; la loi n'ouvre qu'une seule action contre eux, le désaveu, et elle la soumet à tant de restrictions, toutes favorables à la légitimité, que l'on peut dire que l'état de l'enfant né dans le mariage est presque toujours à l'abri de toute contestation. Les droits de l'enfant naturel sont aussi bien moindres que ceux de l'enfant légitime. Cela se conçoit. A moins de mettre le concubinage sur la même ligne que le mariage, comme l'avait fait le législateur révolutionnaire, il fallait établir une différence sensible entre les droits pécuniaires des enfants légitimes et ceux des enfants naturels.

La loi donne cependant un moyen aux père et mère de l'enfant naturel de l'assimiler aux enfants légitimes, c'est de couvrir leur faute par le mariage. Ils mettront fin à une vie de désordre, et ils feront entrer les enfants dans le sein de leur famille. La loi n'exige qu'une condition, c'est que les enfants soient reconnus avant le mariage. Cela exclut les enfants adultérins et incestueux. Pour l'adultère, nous comprenons la rigueur de la loi; c'est une tache que le mariage ne saurait effacer; mais l'inceste n'est pas un crime, et quand le mariage a lieu en vertu d'une dispense, la souillure de l'inceste disparaît; pourquoi la dispense ne profiterait-elle pas aux enfants déjà nés, comme elle profite aux enfants à naître? On dirait que le législateur est à la recherche de défaveurs dont il veut frapper des relations coupables, sans doute, mais le mariage ne devrait-il pas racheter toutes les fautes? Le législateur sacrifie les droits des enfants, malgré le mariage de leurs parents, à une défiance exagérée. Il ne veut pas que la reconnaissance pendant le mariage légitime les enfants; il ne veut pas même que cette reconnaissance produise les effets ordinaires au préjudice du conjoint ou des enfants légitimes (art. 331 et 337). Certes il peut y avoir fraude, mais pourquoi la présumer? Ne suffisait-il pas d'ouvrir une action au profit de ceux qui ont intérêt à attaquer la légitimation? Et si l'on prend en considération les droits du conjoint et des enfants légitimes, ne faut-il pas tenir compte aussi des droits de l'enfant naturel?

CHAPITRE II.

DE LA FILIATION PATERNELLE.

SECTION I. — De l'enfant conçu pendant le mariage.

363. « L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari (art. 312). » Cette présomption peut être combattue par le désaveu du mari de la mère. La présomption suppose la cohabitation des époux, elle doit donc céder devant la preuve que les époux n'ont pas cohabité, à raison d'une impossibilité physique ou morale. Pour ne rien laisser à l'arbitraire, la loi définit d'une manière précise l'impossibilité physique et l'impossibilité morale. Le but que la loi a en vue prouve qu'elle est limitative; elle doit donc être interprétée d'une manière restrictive. Ce principe d'interprétation résulte encore de la nature exceptionnelle du désaveu. Quand l'enfant est conçu pendant le mariage, il a pour lui la plus forte des présomptions; donc, en général, il ne peut pas être désavoué. Les cas où il peut l'être sont de rares exceptions, et, à ce titre, de rigoureuse interprétation. Enfin la faveur dont la loi entoure la légitimité nous conduit à la même conséquence. Le législateur favorise la légitimité, par cela même il ne peut pas être favorable à l'action en désaveu. Ici l'on peut donc et l'on doit appliquer le vieil adage, *odiosa restringenda*. On abuse de cette maxime, et nous ne voudrions pas la poser comme règle. C'est faire injure au législateur que de qualifier ses dispositions d'*odieuses;* on doit toujours supposer qu'il a de bonnes raisons pour justifier sa rigueur. Dans l'espèce, le droit du mari mérite, en principe, autant de faveur que le droit de l'enfant. Reste à savoir lequel doit l'emporter quand ils sont en conflit. Eh bien, nous avons prouvé que le législateur veut avant tout

assurer l'état des personnes, en maintenant leur légitimité. Donc, en cas de doute, le droit de l'enfant doit l'emporter sur celui du mari.

§ Ier. *De l'impossibilité physique de cohabiter.*

N° 1. DE L'ÉLOIGNEMENT.

364. Le mari prouve qu'il était, par cause d'éloignement, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme, pendant le temps qui a couru depuis le trois centième jusqu'au cent quatre-vingtième jour avant la naissance de l'enfant. Dans ce cas, il peut désavouer l'enfant. En effet, d'après les présomptions que la loi établit sur la durée de la grossesse, il est impossible que le mari soit le père de cet enfant. La grossesse peut durer cent quatre-vingts jours, elle peut durer trois cents jours, elle peut durer cent quatre-vingts à trois cents jours; la conception peut donc avoir eu lieu dans l'intervalle qui sépare le trois centième et le cent quatre-vingtième jour avant la naissance de l'enfant. Si pendant tout le temps où la conception a été possible, le mari n'a pu cohabiter avec sa femme, il est prouvé, par cela même, que cet enfant ne lui appartient pas (art. 312). L'on voit ici un exemple frappant de la faveur que la loi témoigne à la légitimité. Un enfant naît avec une conformation telle, qu'il est certain que sa naissance est précoce; il aura été conçu dans le septième mois qui précède l'accouchement. Suffira-t-il que le mari prouve son éloignement pendant ce septième mois? Non; l'enfant invoquera contre lui la présomption qui admet un terme de dix mois pour la durée de la grossesse; si donc le mari habitait avec sa femme dans le dixième mois avant la naissance de l'enfant, il ne pourra pas le désavouer, bien qu'il soit certain que la naissance, loin d'être tardive, est, au contraire, précoce. L'enfant peut donc, selon son intérêt, invoquer la présomption de la plus courte ou de la plus longue grossesse, à son choix. Il est évident que la réalité peut se trouver en opposition avec la présomp-

tion; la légitimité reposera sur une fiction; il suffit d'une fiction pour que la loi s'en empare en faveur de la légitimité. Elle repousse toute preuve contraire. Nous en avons dit les raisons.

365. Quels doivent-être les caractères de l'éloignement? La loi, dit-on, ne les détermine pas; d'où l'on conclut que c'est une question de fait (1). Cela n'est pas tout à fait exact. L'article 312 dit que le mari doit prouver que, par cause d'éloignement, il a été dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme. Donc l'éloignement doit être tel, qu'il en résulte une impossibilité physique de cohabitation. Voilà bien la définition de l'éloignement et c'est la loi qui la donne. Après cela vient la question de savoir si l'éloignement a été tel, qu'il a produit une impossibilité physique de cohabiter : ce point est certes de fait, mais les tribunaux, en le décidant, ne doivent pas oublier que l'impossibilité de cohabiter doit être physique, c'est-à-dire absolue, en ce sens du moins « qu'il ne reste aucun doute sur ce qu'il ne peut y avoir eu de rapprochement. » Ce sont les expressions de Bigot-Préameneu (2). Le tribun Duveyrier est encore plus explicite et plus restrictif. « Il faut, dit-il, que l'absence soit constante, continue, et de telle nature que, dans l'intervalle de temps donné à la possibilité de la conception, l'*esprit humain ne puisse concevoir la possibilité d'un seul instant de réunion entre les deux époux* (3). » C'est cette impossibilité absolue que les tribunaux auront à constater en fait : il faut qu'ils déclarent, ainsi que Duveyrier s'exprime, « qu'au moment de la conception, toute réunion, même momentanée, entre les époux, ait été physiquement impossible. »

Il ne suffirait donc pas, comme Demante l'enseigne, de prouver par témoins que les deux époux ont constamment résidé à une certaine distance l'un de l'autre. Ce ne serait là qu'une probabilité, ce ne serait certes pas la preuve d'une impossibilité de cohabiter. La cour de Bourges l'a jugé ainsi, dans une espèce où le mari résidait habituel-

(1) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 50, n° 39 *bis* I.
(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 3 (Locré, t. III, p. 86).
(3) Duveyrier, Discours, n° 13 (Locré, t. III, p. 125).

lement loin du domicile conjugal; mais, dit l'arrêt, « tels n'étaient ni l'éloignement ni les empêchements ou difficultés matériels d'aucun genre, qu'on en doive nécessairement inférer l'*impossibilité* d'un rapprochement fortuit entre les époux et d'une cohabitation accidentelle (1). »

C'est au juge de décider s'il y a eu impossibilité absolue de cohabiter. Si l'explication que Duveyrier donne de l'éloignement avait été insérée dans le code, il en faudrait induire que, dans l'état actuel des communications, le rapprochement des époux pendant le temps de la conception étant presque toujours dans l'ordre des choses possibles, il n'y aurait presque jamais lieu à désaveu (2). Le mari habite l'Algérie, la femme réside à Paris. Y a-t-il, à raison du fait seul de l'éloignement, impossibilité de cohabiter? Non, certes. Cependant la cour d'Alger a admis le désaveu. C'est qu'il était prouvé que le mari n'avait pas quitté Alger, ni la femme Paris. Dès lors il y avait impossibilité absolue, dans le sens de la loi (3). Par contre, il a été jugé que si le mari habite l'Espagne, tandis que la femme réside en France, il n'y a pas là un éloignement qui empêche le rapprochement accidentel des époux (4). Ajoutons que dès qu'il y a doute, il doit s'interpréter en faveur de l'enfant.

366. On demande si la prison qui sépare deux époux peut être assimilée à l'éloignement dans le sens légal. Duveyrier a prévu la difficulté dans son discours devant le Corps législatif, et voici ce qu'il répond : « Il est clair que la prison c'est l'absence elle-même, pourvu que l'absence ait été tellement exacte et continuelle, qu'au temps de la conception la réunion d'un seul instant fût physiquement impossible (5). » Ces paroles sont considérables; elles confirment ce que nous venons de dire du caractère de l'éloignement : le mari doit donc prouver l'impossibilité absolue d'un rapprochement, par suite de la reclusion. La

(1) Arrêt de Bourges du 6 juillet 1868 (Dalloz, 1868, 2, 180).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 30, nº 30.
(3) Arrêt d'Alger du 12 novembre 1866 (Dalloz, 1867, 2, 127).
(4) Arrêt de Paris du 9 août 1813 (Dalloz, au mot *Paternité*, nº 135).
(5) Duveyrier, Discours, nº 13 (Locré, t. III, p. 125).

jurisprudence est en ce sens (1). Nous citerons un cas remarquable qui s'est présenté devant la cour de Paris. Le mari est incarcéré sous prévention de crime; dix mois et dix-sept jours après son emprisonnement, sa femme accouche d'un enfant qui est inscrit comme enfant naturel. Sur l'action en désaveu intentée par le mari, le tribunal de première instance décide qu'il n'y avait pas eu impossibilité physique de cohabitation entre les époux, attendu que pendant son incarcération le mari avait communiqué avec sa femme. Appel du mari qui demande à prouver qu'il a quitté, à la vérité, momentanément sa prison pour aller à son établissement et donner des renseignements nécessaires à son commerce, mais qu'il a été accompagné constamment de deux dragons qui l'ont gardé à vue pendant toute la durée de la visite, en présence d'un domestique de sa femme et d'un ouvrier de la maison. La cour admit le mari à cette preuve (2).

Cela décide la question en ce qui concerne la captivité des prisonniers de guerre. La captivité n'est pas une prison; ce n'est donc pas à raison de la détention qu'il peut y avoir éloignement; par suite, il n'y a pas lieu à désaveu, à moins que l'éloignement n'ait été tel, qu'il a empêché tout rapprochement entre les époux. Ainsi jugé par les cours de Paris et de Rouen (3).

N° 2. DE L'IMPUISSANCE ACCIDENTELLE.

367. Aux termes de l'article 313, « le mari ne peut, en alléguant son impuissance naturelle, désavouer l'enfant. » Pourquoi la loi ne permet-elle pas au mari d'alléguer son impuissance naturelle? Au premier abord, il semble que c'est là une cause péremptoire de désaveu, puisqu'il y a impossibilité absolue de cohabitation. Aussi l'impuissance était-elle admise dans l'ancien droit. Mais la preuve en était tout ensemble scandaleuse et incertaine. Bigot-

(1) Voyez les arrêts rapportés dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 34, 1°.
(2) Arrêt du 5 mars 1853 (Dalloz, 1853, 2, 165).
(3) Arrêts de Rouen du 6 juin 1820 et de Paris du 19 juin 1826 (Dalloz, au mot *Paternité*, nos 104 et 34, 3°).

Préameneu constate le fait dans l'Exposé des motifs. « Les gens de l'art, dit-il, n'ont aucun moyen de pénétrer ce mystère ; et tel mari dont le mariage a été dissous pour cause d'impuissance, a obtenu d'un autre mariage une nombreuse postérité (1). » La prohibition de l'article 313 a encore un autre fondement. Il y a un vieil adage d'après lequel on n'est pas écouté en justice quand on allègue sa propre turpitude. La maxime est vague et beaucoup trop absolue; elle doit être limitée au cas où le demandeur invoquerait sa honte, c'est-à-dire sa faute, pour y appuyer une prétention qui concerne uniquement son intérêt. Quand il y a un intérêt général en cause, la loi permet d'invoquer sa turpitude comme base de l'action. Ainsi l'époux coupable de bigamie ou d'inceste est admis à demander de ce chef la nullité de son mariage, parce que la nullité est d'intérêt public. Mais quand la demande est d'intérêt privé, on peut dire à celui qui la fonde sur sa faute que c'est à lui de supporter les conséquences de sa honte, de même qu'en général nous devons subir le dommage qui nous arrive par notre imprudence ou notre négligence. Duveyrier applique ce principe à l'époux qui, connaissant son impuissance, se marie. Il s'indigne contre le cynisme impudent d'un homme qui révélerait sa propre turpitude pour déshonorer sa compagne qui est sa victime; il flétrit la fourberie de cet homme impuissant qui a promis une paternité à la société et à son conjoint. Que ce monstre dévore sa honte, s'écrie-t-il, mais qu'il n'en fasse pas retomber les effets sur la femme qu'il a trompée, sur l'enfant qui ne lui doit pas le jour, mais qui lui appartiendra de droit, parce qu'il a eu la frauduleuse audace de s'engager dans les liens d'un contrat dont il était incapable de remplir l'objet (2)!

368. L'article 312 permet au mari de désavouer l'enfant s'il prouve que, pendant le temps de la conception, il était, *par l'effet de quelque accident*, dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme. C'est ce qu'on

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 4 (Locré, t. III, p. 86).
(2) Duveyrier, Discours, n° 14 (Locré, t. III, p. 126).

appelle l'impuissance accidentelle. La loi ne spécifie pas et elle n'a pas pu spécifier les événements qui produisent cette impuissance, tels que la mutilation ou une blessure grave; cependant le mot *accident* paraît indiquer un mal venu du dehors, et exclure par conséquent la maladie dont le principe serait interne. Ce qui confirme cette interprétation, c'est que la loi veut que l'impossibilité de cohabitation soit absolue, en ce sens du moins qu'elle ne laisse aucun doute; telle n'est certes pas une maladie interne, quelque longue qu'on la suppose (1). La discussion qui eut lieu au conseil d'Etat ne laisse, à notre avis, aucun doute sur la question. Le projet présenté par la section de législation portait : « L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. La loi n'admet contre cette paternité ni l'exception d'adultère de la femme, ni l'allégation d'impuissance naturelle ou accidentelle du mari. » Au conseil d'Etat, cette disposition fut critiquée comme trop absolue. Sans doute, dit Maleville, le mariage forme une présomption de paternité, mais c'est une présomption qui n'exclut pas la preuve contraire; seulement la faveur des enfants et le repos des familles doivent rendre le législateur très-difficile sur l'admission de ces preuves. Ainsi la dernière jurisprudence a peut-être sagement rejeté l'allégation de l'impuissance pour cause de maladie, parce qu'on a vu des exemples si extraordinaires qu'ils ne laissent pas de base certaine pour asseoir un jugement. Mais, continue Maleville, il est une espèce d'impuissance accidentelle survenue depuis le mariage, soit dans les combats, soit par toute autre cause, laquelle ne peut pas laisser le moindre doute. Le premier consul parla dans le même sens. « L'impuissance accidentelle, dit-il, est un *fait physique, sur lequel on ne peut se tromper.* » Sur ces observations, l'impuissance accidentelle fut admise comme cause de désaveu (2). Lors de la seconde discussion, Berlier remarqua que les mots *impuissance accidentelle* n'exprimaient pas assez clairement l'idée que l'on voulait rendre. Bérenger fut du même

(1) Duranton, t. III, p. 40, n° 42. Zachariæ, édition de Massé et Vergé, t. Ier, p. 299 et note 29.
(2) Séance du 14 brumaire an x, n° 5 (Locré, t. III, p. 21 et suiv.).

avis : le mot *accidentelle*, dit-il, signifierait une impuissance quelconque ; il proposa de dire l'impuissance *survenue*. Tronchet, tout en abondant dans cette manière de voir, trouva que la rédaction n'était pas encore assez claire. La loi, dit-il, doit s'expliquer de manière à faire comprendre qu'elle veut parler d'une impuissance *évidente et matérielle, et non de celle qui pourrait être la suite d'une maladie*. Tronchet proposa d'ajouter aux mots *impuissance accidentelle*, ceux-ci : *qui produise l'impossibilité physique et durable d'avoir des enfants*. Cet amendement fut adopté, et il passa dans le texte définitif avec un léger changement de rédaction (1). Bigot-Préameneu reproduit la substance de cette discussion. On lit dans l'Exposé des motifs (n° 4) : « La loi n'a dû admettre contre la présomption de paternité résultant du mariage, que les accidents qui rendent physiquement impossible la cohabitation. Elle a aussi prévenu tous ces procès scandaleux ayant pour prétexte des infirmités plus ou moins graves, ou des accidents dont les gens de l'art ne peuvent tirer que des conjectures trompeuses. »

Toutefois nous devons ajouter que Duveyrier, l'orateur du Tribunat, donne une interprétation plus large à la loi : « Il serait déraisonnable, dit-il, de vouloir détailler les espèces, les cas, les accidents qui peuvent produire l'impuissance accidentelle, soit qu'il s'agisse d'une blessure, d'une mutilation, d'une *maladie grave et longue*. Il suffit de savoir que la cause doit être telle, et tellement prouvée que, dans l'intervalle du temps présumé de la conception, on ne puisse supposer un seul instant où le mari aurait pu devenir père (2). » L'opinion de Duveyrier a entraîné plusieurs auteurs (3). Il nous semble que le conseil d'Etat l'a bien positivement rejetée. Sans doute, il se peut que la maladie empêche le mari de cohabiter avec sa femme ; il se peut donc que l'interprétation restrictive que nous donnons à la loi soit en opposition avec la réalité, et

(1) Séance du 12 frimaire an x, n° 3 (Locré, t. III, p. 67).
(2) Duveyrier, Discours, n° 14 (Locré, t. III, p. 125).
(3) Toullier, t. II, n° 810 ; Proudhon, t. II, p. 28 ; Demolombe, t. V, p. 33, n° 32.

attribue au mari une paternité qui lui est étrangère. Mais rappelons-nous que le législateur veut l'évidence pour permettre au mari de répudier un enfant. Le premier consul a proclamé ce principe d'une manière énergique. « Il n'y a jamais d'intérêt, dit-il, à priver un malheureux enfant de son état; il n'y en a qu'à forcer ses père et mère à le reconnaître. » Les légistes du conseil d'Etat partageaient cette manière de voir. Le doute, dit Boulay, s'interprète en faveur de l'enfant (1).

369. On demande si l'impuissance accidentelle est une cause de désaveu quand elle est antérieure au mariage. Les auteurs sont divisés (2). Nous n'hésitons pas à répondre négativement. Le texte laisse la question indécise, le mot *accident* pouvant s'entendre d'une cause qui précède le mariage aussi bien que d'une cause postérieure. Il faut donc recourir à l'esprit de la loi. Nous venons d'assister à la discussion du conseil d'Etat; tous ceux qui y ont pris part supposent que l'accident est survenu pendant le mariage. Cette supposition n'est pas encore une raison de décider; mais rappelons-nous le motif pour lequel le législateur défend au mari d'alléguer son impuissance naturelle, alors même qu'elle pourrait être constatée : il n'est pas admis à invoquer sa faute pour en faire tomber la responsabilité sur la femme et sur l'enfant auquel elle a donné le jour. Cela décide la question. La faute du mari est la même, que l'impuissance soit accidentelle ou naturelle : elle est même plus grande, en cas d'accident, parce qu'il est impossible qu'il l'ignore, au moins dans l'opinion qui rejette la maladie interne comme cause de désaveu.

§ II. *De l'impossibilité morale de cohabiter.*

370. Dans l'ancien droit, la question de savoir si l'impossibilité morale de cohabitation autorisait le désaveu

(1) Séance du 14 brumaire an x, n°s 8 et 4 (Locré, t. III, p. 22 et 20).
(2) Voyez les auteurs cités dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 40. Il faut y ajouter Marcadé (t. II, p. 3, art. 312, n° II) pour l'opinion que nous enseignons, et Demante contre (t. II, p. 52, n° 39 *bis* III).

était controversée. D'Aguesseau n'admettait d'autres causes de désaveu que l'éloignement du mari et son impuissance. Les auteurs du Nouveau Denisart professaient, au contraire, que les tribunaux pouvaient décider, d'après les circonstances, qu'il y avait un obstacle moral au rapprochement des époux, et que cette impossibilité morale pouvait être aussi forte que l'impossibilité physique (1). Le code tranche la controverse. En principe, il rejette l'impossibilité morale comme cause de désaveu; l'article 312 veut qu'il y ait impossibilité *physique*. Tronchet nous en dit la raison. L'impossibilité morale est toujours incertaine. On ne peut aller au delà de l'impossibilité physique, sans tomber dans l'arbitraire et sans donner lieu aux fraudes. Tronchet avouait que la réalité pouvait être en contradiction avec les présomptions de la loi, et que des enfants illégitimes seraient considérés comme légitimes, grâce à cette fiction (2). Cette objection n'arrêta pas les auteurs du code. Le premier consul vient de nous dire que ce qui importe surtout à la société, c'est de maintenir la légitimité. L'article 313 admet une exception à cette règle; mais c'est une exception, donc de stricte interprétation. Dès que l'on n'est plus dans les termes de l'article 313, on rentre dans la règle, et la règle prohibe le désaveu pour impossibilité morale. La cour de cassation l'a décidé ainsi (3), et, en vérité, il ne peut pas y avoir le moindre doute sur ce point. Qui le croirait? Il y a des arrêts en sens contraire des cours de Bastia et de Bordeaux (4). On invoque l'ancienne jurisprudence, on invoque le droit romain, comme s'il n'y avait pas de code Napoléon. Défions-nous de la science indigeste, et laissons là l'ancien droit quand le nouveau y déroge.

371. L'article 313, après avoir dit que le mari ne pouvait désavouer l'enfant en alléguant son impuissance naturelle, ajoute : « Il ne pourra le désavouer même pour

(1) D'Aguesseau, Plaidoyer XXIII (Œuvres, t. II, p. 542 et suiv.). Nouveau Denisart, au mot *Questions d'état*, § I, n°s 6 et suiv.
(2) Séance du 16 brumaire an x, n° 3 (Locré, t. III, p. 35).
(3) Arrêt du 2 juin 1840 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 61).
(4) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Paternité*, n°s 62 et 294.

cause d'adultère, à moins que la naissance ne lui ait été cachée, auquel cas il sera admis à proposer tous les faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père. » Les « faits propres à justifier qu'il n'en est pas le père » constituent ce que l'on appelle l'impossibilité morale. On voit que la loi ne l'admet pas d'une manière pure et simple; elle la subordonne à des conditions rigoureuses, conditions qui à elles seules sont déjà une forte présomption d'illégitimité. L'application du principe posé par l'article 313 a donné lieu à de longues controverses. Il y a un point sur lequel tout le monde est d'accord, le texte le décide, ce sont les conditions requises pour qu'il y ait lieu à désaveu.

La première, c'est l'adultère. Quand l'adultère est établi, il y a une probabilité si grande que l'enfant auquel la femme donne le jour n'appartient pas au mari, que l'on est étonné, à première vue, que la loi ne permette pas au mari de le désavouer pour cette cause seule. Les jurisconsultes romains nous en disent la raison, et elle est péremptoire : malgré l'adultère, l'enfant peut appartenir au mari (1). Duveyrier se révolte contre cette supposition, et il faut l'avouer, elle implique une perversité singulière chez la femme qui se livre à son mari, alors qu'elle le déteste au point de trahir la foi conjugale (2). Mais l'orateur du Tribunat oublie qu'il s'agit d'une femme adultère, à laquelle une immoralité de plus ne doit pas coûter grandement, alors surtout qu'elle lui permet d'autant plus facilement de se livrer à ses honteuses passions.

Toujours est-il que l'adultère fait naître une présomption grave contre la légitimité de l'enfant, mais à une condition, c'est que les relations adultérines aient existé vers l'époque présumée de la conception. La loi ne le dit pas, mais le bon sens le dit. Et il n'y a pas lieu, comme le fait M. Demolombe, de s'écarter de ce principe, en empruntant au droit canonique la détestable maxime que celle qui a une fois failli est toujours présumée coupable. En fait de présomptions, nous ne connaissons que celles que

(1) « *Potest enim uxor adultera esse, et impubes defunctum patrem habuisse.* » L. 11, § 9, D., *ad legem Juliam de adulteriis* (XLVIII, 5).
(2) Duveyrier, Discours, n° 15 (Locré, t. III, p. 126).

le code établit, et il s'est bien gardé de présumer que l'homme est incorrigible (1). Un arrêt de la cour d'Aix a jugé, conformément à notre opinion, que le mari doit prouver que l'adultère coïncide avec l'époque précise de la conception de l'enfant; il a rejeté en conséquence comme insuffisantes des lettres sans date ou dont la date avait été déchirée, bien que ces lettres prouvassent des liaisons coupables (2).

372. La seconde condition exigée par l'article 313, c'est que la naissance ait été cachée au mari. Lors de la discussion au conseil d'Etat, le premier consul et Tronchet remarquèrent que ce fait était une des plus fortes présomptions contre la légitimité de l'enfant (3). Quand la mère est restée fidèle à son devoir, elle est heureuse de son enfantement, elle offre avec bonheur son nouveau-né à celui qui en est le père. Que si elle prend soin de cacher au mari la naissance de son enfant, elle s'accuse elle-même; c'est comme un aveu, non-seulement de son adultère, mais aussi de la conviction où elle est que cet enfant n'appartient pas au mari. Les orateurs du Tribunat vont jusqu'à dire que la conduite de la femme est un indice certain et la preuve presque évidente que l'enfant est illégitime (4). Le code ne va pas aussi loin, et avec raison. Quand la femme cache la naissance de l'enfant à son mari, cela prouve certes qu'il y a de graves mésintelligences entre les époux: la femme craint le ressentiment du mari, et le plus souvent cette crainte sera justifiée par ses désordres; mais elle peut aussi l'être, comme on l'a dit au conseil d'Etat (5), par les violences du mari, par son humeur jalouse, par des soupçons injustes. Le législateur se décidant toujours, tant qu'il y a possibilité de doute, en faveur de l'enfant, ne voit encore qu'une présomption d'illégitimité là où l'on

(1) Demolombe, t. V, p. 50, n° 7. Valette sur Proudhon, t. II, p. 32. Marcadé, t. II, art. 313, n° II, p. 7.
(2) Arrêt d'Aix du 11 janvier 1859 (Dalloz, 1859, 2, 85).
(3) Séance du 16 brumaire an x, n° 10 (Locré, t. III, p. 40).
(4) Lahary, Rapport, n° 11 (Locré, t. III, p. 105); Duveyrier, Discours, n° 15 (Locré, t. III, p. 127).
(5) Rœderer, dans la séance du 16 brumaire an x, n° 10 (Locré, t. III, p. 41).

serait tenté de voir une preuve complète; et il demande au mari qu'il administre cette preuve « par tous les faits propres à justifier qu'il n'est pas le père de l'enfant. »

Il nous faut préciser maintenant ce qui constitue cette seconde condition du désaveu. La loi est on ne peut pas plus claire; elle exige que « la naissance ait été cachée au mari. » Un arrêt de la cour de cassation semble dire qu'il y a lieu à désaveu quand le mari a ignoré la naissance. C'est une erreur évidente; la condition que l'article 312 prescrit est bien plus grave et plus probante. Le mari peut ignorer l'accouchement alors que la naissance est publique et que la femme n'a pas même songé à la cacher; or, c'est dans le fait de la femme d'avoir celé la naissance que le législateur voit une présomption contre elle et contre la légitimité de l'enfant. A vrai dire, il y a plutôt erreur de rédaction dans l'arrêt de la cour suprême qu'erreur de droit; car l'arrêt de la cour de Bordeaux, contre lequel on s'était pourvu en cassation, établissait qu'il y avait eu recèlement de la naissance (1). Si donc la naissance était publique, c'est-à-dire si la femme n'avait pas essayé de la cacher, il n'y aurait pas lieu à désaveu, quand même le mari l'aurait ignorée (2).

On demande s'il suffit que la grossesse ait été celée, quand du reste la naissance a eu la publicité habituelle? D'ordinaire les deux faits sont inséparables; la femme cèle sa grossesse, précisément pour que la naissance reste cachée. S'il arrivait que la femme cessât de cacher sa grossesse vers l'époque de l'accouchement, et si la naissance était publique, on ne serait plus dans les termes de la loi, et par suite il n'y aurait pas lieu à désaveu. Le contraire a cependant été jugé dans des circonstances singulières. Pendant les sept premiers mois de la grossesse, la femme l'avait cachée; puis la discorde éclatant au grand jour, la femme fait connaître son état au mari. La cour de Paris constate que ce fut dans une intention injurieuse

(1) Arrêt du 5 mai 1836, confirmé par arrêt du 9 mai 1838 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 175).

(2) Ainsi jugé par la cour de Rouen, arrêt du 2 avril 1840 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 52), et par la cour de Rennes, 8 juin 1843 (Dalloz, *ibid.*, n° 53).

à ce dernier, par bravade et défi; elle admit le désaveu, et sa décision fut confirmée par la cour de cassation (1). Au point de vue moral, il faut certes applaudir à l'arrêt de la cour suprême. Mais est-il en harmonie avec la rigueur des principes? Nous en doutons. Le texte exige que la *naissance* ait été cachée et, dans l'espèce, la grossesse était connue du mari deux mois avant l'accouchement. Quant à l'esprit de la loi, il demande, ce sont les expressions de Duveyrier, « que la grossesse, l'accouchement et la naissance aient été cachés au mari. » Dans l'espèce, on était donc hors du texte et hors de l'esprit de la loi. N'était-ce pas le cas d'interpréter le doute qui résulte de la lacune de la loi en faveur de l'enfant? On objecte que c'est permettre à la femme d'empêcher le désaveu, en aggravant sa faute par la publicité doleuse qu'elle lui donne. Cela est très-vrai; mais la doctrine consacrée par la cour de cassation n'empêchera pas cette fraude à la loi. La femme n'a qu'à déclarer sa grossesse au mari; quand même elle le ferait par bravade et défi, quand même elle le ferait pour rendre le désaveu impossible, le mari n'aurait pas le droit de désavouer l'enfant. Pourquoi? Parce qu'il n'y a point de texte. En définitive, il y a lacune. Le législateur a supposé une femme qui par un aveu tacite rend témoignage contre l'enfant; et le juge se trouve en présence d'une femme déhontée qui proclame ses désordres. C'est un cas tout différent de celui que la loi a prévu. Cela décide la question en faveur de l'enfant (2).

Comment se fait la preuve que la naissance a été cachée au mari? C'est une question de fait, abandonnée à l'appréciation du juge. Toutefois il y a un point qui est de droit : c'est que la naissance doit avoir été cachée par la femme; car il s'agit d'un aveu, et l'aveu ne peut émaner que du coupable. Il a été jugé à plusieurs reprises que l'inscription de l'enfant sur les registres de l'état civil, sous de faux noms ou comme né de père inconnu, suffit pour que le mari soit admis à la preuve de l'impossibilité morale de

(1) Arrêt du 7 janvier 1850 (Dalloz, 1850, 1, 5).
(2) Il y a un arrêt de Bourges en ce sens, du 6 juillet 1868 (Dalloz, 1868, 2, 180).

cohabiter (1). On ne peut admettre cette jurisprudence qu'avec une réserve : c'est que la fausse déclaration ait été faite au su de la mère et par sa volonté. Ici encore nous voyons que l'aveu de la vérité, c'est-à-dire la déclaration faite au nom de la mère qu'elle est accouchée, ne permet pas au mari de désavouer l'enfant, quand même la mère déclarerait que l'enfant est adultérin. C'est que la loi ne permet pas à la mère d'enlever à son enfant le bénéfice de la présomption de légitimité. Si elle admet l'aveu tacite, c'est parce que ce cri involontaire de la conscience témoigne contre la mère et non contre l'enfant.

373. La troisième condition exigée par l'article 312 est la preuve de l'impossibilité morale ou, comme dit la loi, des faits propres à justifier que le mari n'est pas le père de l'enfant. Question essentiellement de fait. Il a été jugé plusieurs fois que si l'enfant est conçu pendant la procédure en divorce, l'animosité qui divise les époux, la haine qui éclate dans tous leurs actes rendaient tout rapprochement moralement impossible (2). Cette impossibilité morale à elle seule ne suffirait pas pour autoriser le désaveu; nous en avons dit la raison. Mais quand la probabilité morale est fortifiée par la preuve de l'adultère, par la preuve que la femme a caché la naissance de l'enfant à son mari, alors elle prend la forme d'une certitude, devant laquelle la présomption de paternité doit céder.

374. On demande si, pour être admis à la preuve de l'impossibilité morale, le mari doit faire la preuve préalable d'abord de l'adultère, ensuite du fait que la naissance lui a été cachée. Il y a sur cette question une espèce de conflit entre la doctrine et la jurisprudence; mais les auteurs, de leur côté, ne s'accordent pas entre eux. A première vue, le texte semble décider la difficulté; il porte que « le mari ne pourra désavouer l'enfant même pour *cause d'adultère*, à moins que *la naissance ne lui ait été cachée, auquel cas il sera admis* à proposer tous les faits

(1) Voyez les arrêts dans Dalloz, *Répertoire*, au mot *Paternité*, nos 45 et 59.

(2) Arrêts de Paris du 4 décembre 1820 et du 29 juillet 1826 (Dalloz, au mot *Paternité*, nos 59 et 45).

propres à justifier qu'il n'en est pas le père. » Les mots *auquel cas il sera admis* semblent indiquer que le mari ne sera *reçu* à faire la preuve de l'impossibilité morale que sous certaines conditions, c'est-à-dire si l'adultère est prouvé ainsi que la dissimulation de la grossesse et de l'accouchement; d'où suivrait que l'on peut opposer au mari une fin de non-recevoir, tant qu'il n'a pas rempli ces conditions. Le Tribunat paraît avoir entendu l'article 313 en ce sens; il dit dans ses Observations : « On pense que *pour être admis à la preuve*, il ne suffit pas qu'il y ait adultère de la part de la femme, il faut de plus que la naissance de l'enfant ait été cachée au mari (1). » Bigot-Préameneu suppose aussi que la femme a été condamnée pour adultère; si de plus elle cache à son mari la naissance de l'enfant, l'enfant, quoique repoussé de la famille et par la mère et par le mari, peut toujours invoquer la présomption de paternité, mais dans ce cas le mari pourra faire la preuve contraire, celle de l'impossibilité morale de cohabiter (2). Duveyrier abonde dans cette opinion. « Il faut, dit-il, que l'adultère soit constant, et il ne peut l'être que par un jugement public; il faut que la femme ait caché à son mari la naissance de l'enfant adultérin. *Et ces deux conditions remplies*, il faut encore que le mari présente la preuve des faits propres à justifier qu'un autre est le père de l'enfant (3). »

Merlin soutint ce système devant la cour de cassation, mais sans succès; il dit dans son Répertoire qu'il le fit entraîné par l'autorité des orateurs du gouvernement et du Tribunat, plus que par sa conviction personnelle (4). Les opinions énoncées dans l'Exposé des motifs et dans les discours prononcés devant le Corps législatif, de même que les observations du Tribunat, n'ont qu'une autorité de doctrine : c'est le texte et la raison qui décident. Or, le texte ne dit pas ce qu'on lui fait dire. Pour l'adultère, cela

(1) Observations du Tribunat, n° 5 (Locré, t. III, p. 76).
(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 5 (Locré, t. III, p. 86).
(3) Duveyrier, Discours, n° 15 (Locré, t. III, p. 127).
(4) Merlin, *Répertoire*, au mot *Légitimité*, sect. II, § II (t. XVII, p. 419 de l'édit. in-8°).

est certain; dire que le mari ne peut désavouer, même pour cause d'adultère, ce n'est pas dire que le mari doit d'abord faire condamner sa femme pour adultère, pour que sa demande en désaveu soit recevable; tout ce qui résulte du texte, c'est qu'il doit y avoir adultère, et partant que l'adultère doit être prouvé. Mais c'est dépasser la loi que d'exiger la preuve préalable de l'adultère par un jugement qui condamne la femme. Or, en matière de désaveu, si l'on doit interpréter la loi en faveur de la légitimité, on ne peut cependant pas créer des conditions que la loi ne prescrit point : tout le texte, mais rien que le texte! La jurisprudence est en ce sens, et la doctrine a abandonné la condition de la preuve préalable de l'adultère.

La question est plus douteuse pour ce qui concerne le fait que la naissance a été cachée au mari. D'après le texte, il faut dire que le recèlement de la naissance est une condition exigée pour rendre admissible l'action en désaveu; aussi la cour de cassation l'a-t-elle jugé ainsi dans le même arrêt qui décide qu'il n'est pas nécessaire de fournir la preuve préalable de l'adultère (1). Mais les cours admettent généralement que le mari ne doit pas commencer par articuler et prouver préalablement le recèlement de la naissance, qu'il peut proposer simultanément des faits propres à prouver les trois conditions prévues par l'article 313. La cour de cassation même l'a jugé ainsi par un arrêt postérieur (2). Elle dit que le texte n'exige pas un jugement préalable : cela est vrai; mais dire que la naissance doit avoir été cachée pour que le mari soit admis à faire la preuve de l'impossibilité morale, c'est bien exiger que ce fait soit être prouvé avant que l'on procède à la preuve de l'impossibilité morale. Cela est aussi fondé en raison. A quoi bon entamer une procédure sur l'impossibilité morale de cohabiter, quand la naissance n'a pas été cachée? La cour de cassation avoue que le tribunal doit d'abord constater le recèlement de la naissance. S'il en

(1) Arrêt de la cour de cassation du 8 juillet 1812, et les autres arrêts cités dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 45.
(2) Arrêt du 9 mai 1838 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 175) et arrêt de Metz du 9 décembre 1825 (*ibid.*, n° 45).

est ainsi, n'est-il pas logique qu'il constate le fait par un jugement? S'il n'est pas prouvé que la naissance ait été cachée, l'enquête sur l'impossibilité morale de cohabiter serait frustratoire au point de vue des frais et du temps perdu ; et de plus elle donnerait lieu à un scandale inutile, scandale que l'intérêt de la femme, de l'enfant et de la famille doit faire écarter (1).

On fait une objection très-spécieuse contre cette distinction entre la preuve de l'adultère et celle du recèlement de la naissance. L'adultère aussi, dit-on, doit être prouvé; et tant qu'il n'est pas établi, il est inutile de donner le scandale d'une recherche qui tend à flétrir la mère et l'enfant. Nous répondons, avec la cour de Bordeaux, que la différence est grande entre l'adultère et le recèlement de la naissance; ce dernier fait n'a pas de relation intime avec la preuve de l'impossibilité morale de cohabitation, en ce sens du moins qu'il se peut que la naissance ait été cachée et que l'enfant appartienne néanmoins au mari, comme il se peut que la naissance n'ait pas été cachée et que le mari ne soit pas le père de l'enfant; les deux faits étant distincts, la preuve de l'un peut et doit se faire indépendamment de la preuve de l'autre. Il n'en est pas de même de la preuve de l'adultère; elle a un rapport intime avec la preuve de l'impossibilité morale, puisque l'impossibilité morale rend l'adultère probable, et l'adultère rend l'impossibilité probable. Rien n'empêche donc que la preuve des deux faits ne se fasse concurremment.

375. Est-ce à dire que le mari n'ait pas besoin de faire la preuve directe de l'adultère, et que cette preuve résultera suffisamment de l'impossibilité morale où le mari était de cohabiter avec sa femme? Les premiers arrêts rendus par la cour de cassation sur cette question délicate décident formellement que la preuve directe et distincte de l'adultère est inutile. Après avoir dit que le recèlement de la naissance de l'enfant est la seule condition exigée par la loi pour l'admission du désaveu fondé sur

(1) Ainsi jugé par la cour de Bordeaux, arrêt du 21 décembre 1849 (Dalloz, 1854, 5, 382, n° 4).

l'adultère de la femme, la cour ajoute : « *La preuve juridique de l'adultère serait même absolument sans objet, la preuve que le mari n'est pas le père de l'enfant désavoué ne pouvant être faite sans emporter nécessairement celle de l'adultère de la femme,* et c'est sans doute pour ce motif que la loi n'exige pas que l'adultère de la femme soit constaté par un jugement préalable (1). » La plupart des auteurs ont vivement combattu cette doctrine (2), et avec raison ; elle confond les deux faits que le mari doit prouver avec la connexité des preuves destinées à les établir. Il n'est pas exact de dire, comme le fait la cour de cassation, que le désaveu autorisé par l'article 313 soit fondé sur l'adultère, il est fondé sur l'impossibilité morale de cohabitation. Le texte et l'esprit de la loi sont formels, nous avons commencé par établir ce point qui ne peut pas faire de doute : l'adultère ainsi que le recèlement de la naissance sont des conditions ou, si l'on veut, des circonstances aggravantes sans lesquelles le législateur n'aurait pas admis l'impossibilité morale comme cause de désaveu. Il y a donc deux conditions ou deux faits à prouver, l'adultère et le recèlement. Dire que l'adultère ne doit pas être prouvé directement, parce que la preuve résultera nécessairement de l'impossibilité morale, c'est éliminer l'un des faits, l'adultère. En théorie, la preuve de l'adultère devrait même se faire préalablement, de même que celle du recèlement, et c'est la force des principes qui a entraîné les orateurs du gouvernement et du Tribunat à professer cette opinion. Ils n'ont pas réfléchi que la preuve des deux faits étant connexe, il n'y a pas de raison suffisante pour que l'un des faits soit établi indépendamment de l'autre et avant l'autre. Mais il faut maintenir leur doctrine en ce sens que les deux faits doivent être prouvés directement, quoique cela puisse se faire par la même enquête.

Un arrêt récent de la cour de cassation s'est rapproché de la doctrine des auteurs. On y lit, à la vérité, que l'arti-

(1) Arrêt du 25 janvier 1831 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 45, p. 177).
(2) Zachariæ et ses annotateurs, Aubry et Rau, t. III, p. 637-640. Marcadé, t. II, p. 7-10, article 313, n° III.

cle 313 n'exige point que la preuve de l'adultère soit administrée d'une manière spéciale et distincte; cela rappelle la première doctrine consacrée par la cour suprême. Mais elle ajoute : « L'article 313 entend seulement que l'adultère soit établi d'une façon *positive, en même temps* que les autres faits, de l'ensemble desquels résulte la non-paternité du mari. » L'arrêt constate ensuite que les motifs de la décision attaquée prouvent amplement l'adultère de la femme (1). Si l'adultère doit être prouvé d'une façon positive, *en même temps* que les faits qui constituent l'impossibilité morale, tout ce qui en résulte, c'est que la preuve est connexe, mais les deux conditions restent différentes et doivent par conséquent être prouvées d'une manière spéciale, et, en ce sens, distincte, quoi qu'en dise la cour. Nous acceptons son dernier arrêt, mais en insistant sur la nécessité d'une preuve directe (2).

376. La séparation de corps est-elle une cause d'impossibilité morale de cohabiter, et donne-t-elle lieu au désaveu? Il suffit de poser la question pour la résoudre. La séparation de corps laisse subsister le mariage et le devoir de fidélité qui en résulte. Donc l'enfant conçu après que la séparation de corps est prononcée peut invoquer la présomption de l'article 312. Le mari ne peut combattre cette présomption que pour cause d'impossibilité physique de cohabiter, et pour cause d'impossibilité morale, dans le cas et sous les conditions déterminés par l'article 313. Il n'y a ni impossibilité physique de cohabiter, ni impossibilité morale, dans le sens légal du mot, entre les époux séparés de corps. Partant le mari ne peut désavouer l'enfant. Le contraire a été jugé par la cour de Rouen. Elle donne d'excellentes raisons, mais qui toutes s'adressent au législateur. La présomption de l'article 312, dit-elle, suppose non-seulement le mariage, mais encore la cohabitation, donc la vie commune; or, la séparation de corps rompt la vie commune et par suite la cohabitation. Dès lors la présomption de paternité n'a plus de base,

(1) Arrêt du 31 juillet 1866 (Dalloz, 1867, 1, 297).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 45, n° 46.

et elle doit être écartée, à moins que l'on ne prouve qu'il y a eu un rapprochement entre les époux. En théorie, au point de vue législatif, il n'y a rien à répondre à ce raisonnement. Mais en se plaçant sur le terrain des principes consacrés par le code civil, la réponse est très-simple, elle a été faite par la cour de Caen et par la plupart des auteurs. Quand l'enfant est conçu pendant le mariage, le père ne peut le désavouer que dans les cas prévus par la loi ; le désaveu est donc un droit exceptionnel, et si jamais une exception doit être de stricte interprétation, c'est bien celle qui détruit la présomption de paternité. Cela décide la question, et il est inutile de recourir aux travaux préparatoires pour prouver ce qui est plus clair que le jour (1).

La difficulté a été décidée en France par une loi du 6 décembre 1850, portée sur la proposition de M. Demante, membre de l'Assemblée nationale. Elle est ainsi conçue : « En cas de séparation de corps prononcée ou même demandée, le mari pourra désavouer l'enfant qui sera né trois cents jours après l'ordonnance du président, rendue aux termes de l'article 378 du code de procédure civile, et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation. L'action en désaveu ne sera pas admise s'il y a eu réunion de fait entre les époux (2). »

§ III. *Des fins de non-recevoir.*

377. Le mari peut-il renoncer au droit que la loi lui accorde de désavouer l'enfant pour cause d'impossibilité de cohabitation? Quand l'enfant naît le cent quatre-vingtième jour du mariage, la loi donne au mari le droit absolu de le désavouer, à moins qu'il n'ait reconnu tacitement sa légitimité; l'article 314 détermine dans quels cas il y a reconnaissance tacite. La loi admettant la reconnaissance tacite, il faut, à plus forte raison, admettre la reconnaissance

(1) Voyez les arrêts et les auteurs cités dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 64.

(2) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 56-58.

expresse. Si le mari peut renoncer à son action, lorsque l'enfant est conçu avant le mariage, il faut décider, à plus forte raison, qu'il a ce droit quand l'enfant est conçu pendant le mariage. Il est vrai que la loi ne le dit pas, mais elle n'avait pas besoin de le dire. Le silence du mari suffit pour assurer la légitimité de l'enfant. Ce silence suppose que le mari reconnaît l'enfant comme sien. Alors même qu'il y aurait eu impossibilité physique ou morale de cohabiter, le mari peut renoncer à l'action en désaveu; son silence suffit pour cela, donc aussi la reconnaissance. Il en pourra résulter qu'un enfant adultérin sera considéré comme légitime. C'est une nouvelle faveur que la loi accorde à la légitimité. Pure fiction, à la vérité, mais le législateur préfère la fiction, en cette matière, au scandale de la réalité. La reconnaissance peut être expresse ou tacite, comme toute manifestation de volonté. Dans le cas de l'article 314, la loi définit et limite par conséquent les faits d'où résulte la reconnaissance tacite. Il n'y a pas lieu d'appliquer ces restrictions au cas de l'article 312; la loi étant muette, on reste sous l'empire des principes généraux. Il y a d'ailleurs une raison de différence : l'état de l'enfant conçu avant le mariage est bien moins favorable que l'état de l'enfant conçu pendant le mariage. On comprend donc que le législateur limite les exceptions que l'on peut opposer au désaveu du mari, quand l'enfant est conçu illégitime, tandis qu'il n'y a aucune raison de les restreindre quand l'enfant est conçu légitime (1).

378. Le mari peut-il désavouer l'enfant pour cause d'impossibilité physique ou morale de cohabitation quand l'enfant n'est pas viable? Il nous semble que la négative ne souffre aucun doute, malgré le dissentiment d'un excellent esprit. Peut-il y avoir une action sans intérêt? et où est l'intérêt du mari à désavouer un enfant qui, aux yeux de la loi, est considéré comme n'ayant jamais existé? L'enfant qui n'est pas déclaré viable n'est pas une personne, et il ne jouit par conséquent d'aucun droit, c'est un non-être. Conçoit-on une action dirigée contre le néant?

(1) Zachariæ, traduction d'Aubry et Rau, t. III, p. 641, note 55, § 546.

Proudhon enseigne cependant l'affirmative, et elle ne lui paraît pas même douteuse. Le texte de l'article 314 lui semble décisif. La loi dit que le mari ne peut pas désavouer l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage, si l'enfant n'est pas déclaré viable. Elle n'établit pas la même exception pour les enfants conçus pendant le mariage; il n'est donc pas permis de l'admettre, car les exceptions ne s'étendent pas. Nous répondons qu'il y a des exceptions qui s'étendent, ce sont celles qui ne font qu'appliquer un principe général et qui existeraient alors même que la loi ne les consacrerait pas formellement. Telle est la non-viabilité. Ce n'est autre chose que l'absence d'intérêt; or, sans intérêt il n'y a pas d'action. Proudhon nie que le mari soit sans intérêt dans le cas où l'enfant a été conçu pendant le mariage; en effet, cette conception prouve l'adultère de la femme si le mari a été dans l'impossibilité de cohabiter avec elle, et l'adultère prouvé, le mari peut demander le divorce ou la séparation de corps. M. Valette a déjà répondu à l'objection (1). Il s'agit de savoir si le mari a un intérêt à désavouer l'enfant non viable. Or, le droit de demander le divorce pour cause d'adultère n'est pas un intérêt qui légitime le désaveu; car autre chose est l'action en divorce, autre chose est l'action en désaveu. Le désaveu est dirigé contre l'enfant et suppose qu'il est le fruit de l'adultère; tandis que le divorce est demandé contre la femme, peu importe que l'enfant soit ou non adultérin. L'intérêt que le mari a dans la demande en divorce n'a donc rien de commun avec l'intérêt qu'il a dans le désaveu. Cela décide la question.

(1) Proudhon, t. II, p. 33 et suiv., et 35, note. L'opinion contraire est généralement suivie (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 38).

SECTION II. — De l'enfant conçu avant le mariage et né pendant le mariage.

§ Ier. *Du droit de désaveu.*

379. D'après les présomptions établies par la loi sur la durée de la grossesse, l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage a été conçu avant le mariage. Il est donc conçu illégitime. Dès lors le mari doit avoir le droit absolu de le désavouer, en prouvant que, par la date de sa naissance, il n'appartient pas au mariage. Le code civil consacre implicitement ce droit en disant (art. 314) : « L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage ne pourra être désavoué par le mari dans les cas suivants : 1° s'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage; 2° s'il a assisté à l'acte de naissance; 3° si l'enfant n'est pas déclaré viable. » Ainsi le mari ne peut pas désavouer l'enfant quand il l'a reconnu comme sien ou quand il n'a aucun intérêt à contester sa légitimité. D'où suit que s'il ne l'a pas reconnu et si l'enfant est né viable, le mari peut le désavouer. Cet enfant n'a pas pour lui la présomption de paternité qui se fonde sur la fidélité que la femme doit à son mari, puisque à l'époque de la conception la femme n'était pas mariée. Il est donc illégitime à raison de l'époque de sa conception. Mais ici éclate de nouveau la faveur que la loi accorde à la légitimité. Elle ne considère pas comme illégitime l'enfant conçu avant le mariage; elle le répute, au contraire, légitime par cela seul qu'il naît pendant le mariage. Pour qu'il perde la légitimité, il faut une action en désaveu. Si le mari ne le désavoue pas, il reste légitime. La loi suppose que l'enfant appartient à celui qui a épousé la femme enceinte. Cela est en effet probable ; le législateur fait de cette probabilité une présomption en faveur de l'enfant.

Mais grande est la différence entre cette présomption et la présomption de paternité que peut invoquer l'enfant conçu pendant le mariage. Celui-ci ne peut être désavoué que dans le cas où le mari a été dans l'impossibilité

physique ou morale de cohabiter avec sa femme, et c'est au mari à faire cette preuve. Que si l'enfant est conçu avant le mariage, le mari a le droit absolu de le désavouer, sans qu'il ait rien à prouver, sinon la date de la naissance antérieure au cent quatre-vingtième jour du mariage. Cela est fondé en raison. La loi suppose que l'enfant appartient au mari, mais lui seul peut savoir si cette supposition est fondée; il doit donc suffire qu'il la dénie pour que l'enfant ne puisse plus s'en prévaloir.

380. L'enfant peut-il combattre le désaveu du mari? Aux termes de l'article 314, l'action du mari peut être repoussée dans trois cas. S'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage, il ne peut pas désavouer l'enfant. On présume alors que cet enfant lui appartient; il reconnaît tacitement cet enfant comme sien; dès lors il ne peut plus désavouer l'enfant qu'il a avoué. Comment, dit Bigot-Préameneu, pourrait-on l'admettre à démentir son propre témoignage(1)? La seconde exception implique aussi une reconnaissance de la paternité : « Si le mari a assisté à l'acte de naissance et si cet acte est signé de lui, ou contient sa déclaration qu'il ne sait signer. » Qu'entend-on par *assistance?* Ce mot implique un concours à l'acte et non une simple présence; aussi la loi exige-t-elle que le mari signe l'acte; or, il n'y a que les déclarants et les témoins, c'est-à-dire ceux qui sont parties à l'acte, qui le signent. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute; il faut un fait qui témoigne que l'enfant appartient au mari, qu'il le reconnaît comme sien. C'est donc un aveu de la légitimité, et quand le mari a avoué l'enfant comme légitime, il ne peut plus le désavouer. De là suit que si l'acte de naissance contenait des déclarations qui excluent la paternité du mari, son concours à l'acte de naissance serait inopérant. Cela résulte de la notion même de la reconnaissance : on ne peut pas dire que le mari reconnaît comme sien un enfant qui est déclaré né d'un autre père ou né d'un père inconnu. De là suit encore que le mari, tout en assistant à l'acte de naissance, peut faire des ré-

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 10 (Locré, t. III, p. 87).

serves qui détruisent la conséquence que l'on voudrait tirer de son concours à l'acte. On ne peut lui opposer que la protestation contraire à l'acte est inopérante; il s'agit de déterminer quelle signification il faut donner à l'assistance du mari; eh bien, sa réserve prouve qu'on ne doit pas y voir une reconnaissance de paternité (1).

La loi refuse encore au mari l'action en désaveu quand l'enfant ne naît pas viable. D'abord parce que le mari n'a plus aucun intérêt au désaveu; on ne désavoue pas le néant. Puis, la raison même pour laquelle le mari est admis au désaveu vient à tomber. En général, il est certain que l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage est conçu illégitime; mais cette certitude suppose que l'enfant est né à terme; s'il naît non viable, il n'y a plus de certitude que ce soit un accouchement naturel qui ait dû être précédé du temps ordinaire de la grossesse. Donc il ne peut plus y avoir lieu au droit absolu de désaveu, l'enfant ayant pu être conçu pendant le mariage (2). Quand l'enfant naît-il viable? La loi abandonne l'appréciation de cette question aux tribunaux, qui se décideront naturellement sur le témoignage des gens de l'art. Il ne suffit pas que l'enfant vive pendant quelque temps pour qu'il soit viable; il doit être constitué de manière qu'il soit destiné à vivre. Si l'enfant est né viable, quand même il viendrait à mourir peu de temps après sa naissance, le mari le pourrait désavouer, aux termes de la loi. Il faut cependant ajouter une condition qui résulte des principes généraux : le mari doit avoir un intérêt quelconque au désaveu, sinon il sera déclaré non recevable.

381. Les fins de non-recevoir établies par l'article 314 sont-elles les seules qui puissent être opposées au mari? Au premier abord le texte paraît restrictif : « L'enfant, dit l'article 314, ne pourra être désavoué par le mari *dans les cas suivants*. » Donc, pourrait-on dire, ce sont les seules fins de non-recevoir que l'on puisse opposer au mari. Mais

(1) Demolombe, t. V, p. 68, nos 68-71. Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. III, p. 628, note 14, § 546.
(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 11 (Locré, t. III, p. 87).

cette interprétation serait trop absolue. Il faut voir si les cas prévus par la loi sont l'application d'un principe général; dans ce cas, le principe doit être appliqué à tous les cas qui peuvent se présenter. Or, nous venons de voir que les n°s 1 et 2 de l'article 314 prévoient deux cas de reconnaissance tacite de la paternité du mari. Si la reconnaissance tacite est une fin de non-recevoir contre l'action en désaveu, à plus forte raison en doit-il être de même de la reconnaissance expresse; car l'aveu formel que le mari fait de sa paternité a plus de force qu'un aveu tacite, la volonté tacite étant moins certaine que la volonté expresse. Cela est reconnu par tout le monde. On a dit que si la reconnaissance se faisait après le mariage et avant la naissance, le mari pourrait l'attaquer en prouvant qu'il l'a faite dans la croyance que la grossesse était postérieure au mariage (1). Cela est incontestable si le mari prouve que la reconnaissance est viciée par l'erreur. Seulement il faut généraliser la décision et l'appliquer à tous les cas de reconnaissance, comme nous le dirons plus loin (n° 383).

On demande dans quelle forme la reconnaissance doit se faire. La loi ne prévoit pas le cas de reconnaissance ou, ce qui revient au même, le cas de renonciation expresse; le silence de la loi décide la question. Puisqu'il n'y a pas de disposition spéciale, on reste sous l'empire des principes généraux; or, la volonté expresse peut se manifester, soit par paroles, soit par écrit, et l'écrit peut être authentique ou sous seing privé. Une simple lettre suffirait donc pour prouver la reconnaissance. Par la même raison, une reconnaissance verbale serait valable, sauf à appliquer les règles générales sur les preuves. Nous verrons, au titre des Obligations, dans quels cas la preuve testimoniale est admissible en matière d'état. On fait une objection contre cette doctrine. Aux termes de l'article 334, la reconnaissance d'un enfant naturel doit se faire par acte authentique; or, l'enfant conçu avant le mariage n'est-il pas un enfant naturel? Proudhon traite la question assez longuement. En vérité, l'objection n'en

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Paternité*, n° 76.

vaut pas la peine. Non, il ne s'agit pas, dans l'espèce, de reconnaître un enfant naturel, puisque l'enfant né pendant le mariage, quoique conçu avant, est légitime. De quoi s'agit-il donc? De la preuve d'un aveu. C'est le droit commun qui donne la réponse (1).

Pourrait-on opposer au mari la reconnaissance tacite en dehors des cas prévus par l'article 314? La question est douteuse. Si on pouvait la décider, abstraction faite du texte de la loi, il faudrait certainement admettre la reconnaissance tacite dans tous les cas. Tel est, en effet, le droit commun. Mais le texte implique une restriction; il porte *dans les cas suivants*. Ces mots n'auraient plus de sens, et les n°s 1 et 2 de l'article n'en auraient pas davantage, si toute espèce de reconnaissance ou de renonciation tacite était admise. Il y avait d'ailleurs une raison pour restreindre les cas de reconnaissance tacite. N'oublions pas qu'en principe le droit de désaveu du mari est absolu. Il ne doit recevoir d'exception que lorsqu'il a reconnu lui-même sa paternité. Quand l'aveu est exprès, il n'offre pas de doute; mais l'aveu tacite est nécessairement plus ou moins douteux. Le législateur a donc bien fait de le définir d'une manière précise. Ainsi l'interprétation restrictive est fondée sur l'esprit comme sur le texte de la loi (2).

382. Qui doit faire la preuve des fins de non-recevoir que l'on peut opposer au mari? Naturellement celui qui les propose. Car le défendeur qui oppose une exception devient demandeur, et doit prouver le fondement de la demande qu'il fait sous forme d'exception. Cela est élémentaire. Il est encore élémentaire que la preuve se fait d'après le droit commun, puisque le code n'y déroge pas. Donc la preuve pourra se faire par témoins, car il s'agit de faits purs et simples qui par eux-mêmes n'établissent ni droit ni obligation; et ces faits se prouvent par témoins, sans considérer la somme à laquelle s'élève l'intérêt pécuniaire de la demande. Nous parlons des cas prévus par

(1) Proudhon, t. II, p. 13 et suiv. C'est l'opinion générale (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 78).

(2) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. III, p. 628, note 15. En sens contraire, Demolombe, t. V, p. 72, n° 76.

l'article 314. Quant à l'aveu exprès, on suit les principes généraux (1).

Jusqu'ici tout le monde est d'accord. L'application de ces principes a donné lieu à une question controversée, bien qu'il n'y ait guère lieu à controverse. Dans l'ancien droit, on décidait que le mari qui avait eu, avant son mariage, des fréquentations avec la femme qu'il a épousée n'était pas admis à désavouer l'enfant, à moins qu'il ne prouvât qu'il n'en pouvait être le père. Il est certain qu'il n'en est plus de même sous l'empire du code Napoléon. A défaut d'un aveu exprès de paternité, le défendeur doit établir l'un des deux faits qui impliquent un aveu tacite, aux termes de l'article 314. S'agit-il d'un aveu antérieur au mariage, il faut que le défendeur prouve que le mari a eu connaissance de la grossesse; il ne suffit donc pas qu'il y ait eu de simples faits de fréquentation. Cela est admis généralement, sauf le dissentiment de Toullier. Faut-il aller plus loin et dire avec Proudhon que les faits de fréquentation sont inadmissibles? Il dit qu'il n'est pas permis d'articuler d'autres faits sans tomber dans l'arbitraire. Sans doute un homme peut avoir fréquenté une femme sans croire à sa grossesse et sans la connaître. Aussi le seul fait de fréquentation ne peut-il être invoqué contre le mari, comme prouvant qu'il a connu la grossesse; mais pourquoi les tribunaux ne pourraient-ils pas prendre ce fait en considération, aussi bien que tous les autres, comme indices ou présomptions? Car la preuve testimoniale étant admise, les présomptions le sont par cela même, et le juge ne doit en négliger aucune (2).

383. Nous supposons que les fins de non-recevoir sont établies. Le mari pourra-t-il les combattre en prouvant qu'il ne peut être le père de l'enfant? Il va sans dire que l'exception dérivant de la non-viabilité est absolue. Les deux autres le sont également. En effet, elles impliquent une reconnaissance, un aveu; et le mari ne peut pas revenir contre son aveu. Tout ce qu'il peut faire, c'est de sou-

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. III, p. 629, note 22.

(2) Proudhon, t. II, p. 19 et suiv., et la note de Valette, p. 20. C'est l'opinion de presque tous les auteurs (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 73).

tenir que la reconnaissance expresse ou tacite qu'il a faite de sa paternité est viciée. C'est une manifestation de volonté; or, tout consentement est vicié par l'erreur, le dol et la violence. Si donc le mari prouve qu'il a reconnu l'enfant après le mariage, dans la croyance que cet enfant était conçu pendant le mariage, tandis que la date de la naissance établit qu'il est conçu avant le mariage, la reconnaissance sera annulée comme entachée d'erreur. Supposez, au contraire, que le mari avoue avoir connu la grossesse de la femme qu'il a épousée, mais qu'il demande à prouver qu'il était dans l'impossibilité physique de cohabiter avec elle lors de la conception, soit pour cause d'éloignement, soit par accident, cette preuve ne serait pas admise. Vainement invoquerait-il l'article 312 qui permet cette preuve contre l'enfant conçu pendant le mariage. Il a renoncé au désaveu, et il ne peut pas revenir sur sa renonciation (1).

384. Le mari désavoue l'enfant conçu avant le mariage. Celui-ci n'a aucune fin de non-recevoir à lui opposer. Sera-t-il admis à prouver que le mari de sa mère est son père? La négative nous paraît certaine. Quel est l'état de l'enfant conçu avant le mariage? Par sa conception, il est illégitime. La loi le répute légitime, parce qu'elle suppose que le mari est le père de l'enfant; mais elle donne au mari le droit absolu de repousser cette supposition en désavouant l'enfant. Contre ce désaveu, elle admet seulement des fins de non-recevoir qu'elle a soin de préciser et qui, sauf la non-viabilité, dérivent de la reconnaissance que le mari fait de sa paternité. Donc d'après le texte et d'après l'esprit de la loi, l'enfant ne peut appartenir au mari que par son aveu. C'est dire que son désaveu est péremptoire. Telle est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Dalloz. On admet néanmoins une exception, celle que l'article 340 établit en faveur de l'enfant naturel. La loi lui interdit de rechercher son père ; mais elle permet cette recherche dans le cas d'enlèvement, lorsque l'époque de l'enlèvement se rapporte à celle de la concep-

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. III, p. 630 et note 23. Duranton, t. III, p. 27, nº 28.

tion. Il est vrai que cet article ne parle que de l'enfant naturel, et dans notre espèce, l'enfant recherche son père pour prouver sa filiation légitime. Cependant nous nous rallions à l'opinion des auteurs. Il est certain que l'enfant conçu avant le mariage et désavoué par son père est un enfant naturel. Par sa conception, il était illégitime, il n'avait pour lui qu'une présomption que le mari fait tomber par le désaveu ; il reste donc illégitime. Dès lors on peut lui appliquer à la lettre l'article 340. Seulement le résultat de la preuve sera la filiation légitime de l'enfant. En effet, il sera prouvé par jugement que le mari est le père de l'enfant dont sa femme était enceinte lors du mariage. Dès lors il est réputé légitime, puisque, le désaveu du père tombant, l'enfant peut invoquer la présomption de légitimité que la loi établit en sa faveur (1).

§ II. *De l'état de l'enfant non désavoué.*

385. Si l'enfant n'est pas désavoué, il est réputé légitime. Nous disons qu'il est réputé tel, car c'est évidemment une fiction. D'après la rigueur des principes, la conception détermine l'état de l'enfant ; l'enfant conçu avant le mariage est donc conçu illégitime ; c'est parce qu'il naît pendant le mariage que la loi le considère comme légitime ; il doit donc sa légitimité à une fiction que la loi établit par faveur pour le mariage. La plupart des auteurs vont plus loin et disent que ce que nous appelons fiction est en réalité une légitimation opérée par la loi. En effet, disent-ils, cet enfant, conçu illégitime, reste illégitime jusqu'au mariage ; s'il est légitime parce qu'il naît après le mariage, cela prouve qu'il est légitimé par le mariage de ses père et mère. De cette doctrine de la légitimation dérivent des conséquences très-graves. Aux termes de l'article 331, les enfants nés d'un commerce adultérin ou incestueux ne peuvent être légitimés par le mariage sub-

(1) C'est l'opinion de tous les auteurs (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 79).

séquent de leurs père et mère; ce principe doit s'appliquer à la légitimation tacite de l'article 314. Donc si, lors de sa conception, l'enfant était adultérin ou incestueux, il ne sera pas légitimé par le mariage de ses père et mère, il restera adultérin ou incestueux. De là suit qu'alors même que le mari ne le désavouerait pas, il pourra être rejeté de la famille sur la demande de toute partie intéressée. On ne peut pas dire que par le non-désaveu du père il est devenu légitime, car il ne pourrait être légitime qu'en vertu d'une légitimation; or, la loi défend de le légitimer (1).

Nous croyons que cette doctrine de la légitimation tacite est une de celles que les auteurs essayent parfois, et trop souvent même, de mettre à la place des principes consacrés par la loi. Nous n'hésitons pas à dire avec M. Demolombe qu'elle est contraire au texte et à l'esprit du code. Il est certain que l'article 331, qui définit la légitimation, est étranger à notre hypothèse. Cet article suppose un enfant *né hors mariage,* tandis que dans l'article 314 il s'agit d'un enfant *né dans le mariage.* Si donc l y avait légitimation, ce serait une. légitimation d'une nouvelle espèce; or, la légitimation est une fiction; la fiction suppose un texte, et où est le texte qui dit que l'enfant conçu avant et né pendant le mariage est légitimé? La légitimation est un bienfait qui profite à l'enfant *né* hors mariage; ici l'enfant est seulement conçu, et on s'empare de sa conception pour lui refuser ce bienfait, quand il est conçu d'un commerce adultérin ou incestueux. Voilà une nouvelle dérogation à un principe élémentaire. L'enfant conçu n'est pas encore une personne; par une fiction, on le répute né, quand il s'agit de son intérêt; dans la doctrine que nous combattons, on tourne la fiction contre lui : on le répute né pour le flétrir et pour empêcher à tout jamais

(1) C'est l'opinion de Duranton, de Valette, de Demante et de Marcadé, qui la soutient vivement contre Demolombe. Valette est revenu sur son opinion et s'est rangé à l'avis de Demolombe (*Explication sommaire du livre Ier du code civil*, p. 156). Zachariæ admet le principe de la légitimation, mais il ne l'applique qu'à l'enfant adultérin, et non à l'enfant incestueux (t. III, p. 624-627, édition d'Aubry et Rau). Voyez Dalloz, au mot *Paternité*, nos 80-83).

sa légitimité. C'est encore une fois une fiction que l'on imagine, alors qu'aucune fiction ne peut exister qu'en vertu de la loi.

Laissons là les principes qui régissent la légitimation, et voyons ce que dit la loi dans le titre qui est le vrai siége du débat. Le chapitre I[er] est intitulé : « De la filiation des enfants *légitimes* ou *nés pendant le mariage.* » Ce titre nous révèle déjà la pensée de la loi : elle considère comme légitimes non-seulement les enfants conçus pendant le mariage, mais aussi les enfants nés pendant le mariage. Quand l'enfant né dans le mariage est-il légitime? Il suffit pour cela du silence du mari. S'il ne désavoue pas l'enfant, celui-ci est légitime. Il est donc légitime jusqu'au désaveu; il faut une action en désaveu pour le déposséder de la légitimité, car il est en possession. Cette action en désaveu est régie par les mêmes principes, que l'enfant soit conçu ou né pendant le mariage : n'est-ce pas dire que la condition de l'un et de l'autre est la même, c'est-à-dire que l'un et l'autre sont légitimes? Vainement dit-on que celui qui est conçu hors mariage d'un commerce adultérin ne peut pas devenir légitime. Notre réponse est dans le texte et elle est péremptoire : la loi le répute légitime, cela suffit. N'en est-il pas de même de l'enfant conçu pendant le mariage d'un commerce adultérin et que le mari ne désavoue pas? Il est certain que personne ne peut contester la légitimité de cet enfant, bien qu'il soit adultérin. Si la présomption de la loi le protége, pourquoi ne protégerait-elle pas l'enfant conçu avant et né pendant le mariage? La loi n'ouvre qu'une seule action contre l'un et l'autre, l'action en désaveu. De quel droit les interprètes donnent-ils une action en contestation de légitimité contre l'enfant adultérin né pendant le mariage, alors qu'ils n'en donnent pas contre l'enfant adultérin conçu dans le mariage? C'est faire la loi, ce n'est pas l'interpréter.

La discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat confirme pleinement ce que disent les textes. Est-ce la conception pendant le mariage ou est-ce la naissance dans le mariage qui donne la légitimité? Telle est la question. Ecoutons la réponse de Portalis : « Le caractère de la *légitimité* est

propre à l'enfant qui *naît* pendant le mariage, *soit que cet enfant ait été conçu avant ou après;* la loi doit donc d'abord lui imprimer ce caractère. » Regnier ayant remarqué qu'il était juste de faire, pour le désaveu, une différence entre l'enfant *né* et l'enfant *conçu* pendant le mariage, Portalis répliqua : « Il ne faut pas commencer par flétrir, comme illégitime, l'enfant né depuis le mariage. C'est cependant ce qui arriverait si l'on s'arrêtait au fait de la conception; car la proposition étant alors que l'enfant conçu pendant le mariage est légitime, la proposition contradictoire serait que l'enfant conçu avant le mariage n'est pas légitime. » Regnier ne contesta pas ce principe ; mais lui ainsi qu'Emmery soutinrent qu'il fallait faire une différence, quant aux conditions du désaveu, entre l'enfant qui a pour lui la présomption de fidélité de la mère et l'enfant conçu à une époque où la femme était libre. Regnaud termina la discussion en disant : « C'est la *naissance* de l'enfant *et non sa conception* qui fait son titre. L'enfant conçu avant le mariage et né après est légitime, si le père ne réclame pas (1). » La rédaction définitive du code civil fait droit à ces diverses observations; elle établit le principe, que personne ne contestait, que l'enfant conçu avant le mariage est légitime, mais elle donne au mari le droit absolu de le désavouer. Voici donc en deux mots la théorie du code : l'enfant est légitime quand il est conçu ou né dans le mariage (2).

On fait des objections contre cette opinion. Marcadé crie à l'immoralité. Un enfant adultérin sera légitime, bien que son illégitimité, fruit de l'adultère, soit évidente! Nous pourrions nous contenter de répondre que le reproche va à l'adresse du législateur. L'interprète n'a pas à se préoccuper des conséquences qui résultent d'une doctrine; il n'a qu'une chose à voir, si la loi la consacre. Mais, dira-t-on, on ne peut pas admettre facilement que la loi

(1) Séance du conseil d'Etat du 14 brumaire an X, n° 17 (Locré, t. III, p. 25).

(2) C'est l'opinion de Demolombe, t. V, p. 68, nos 60 et 61. Elle a été adoptée par Valette, et elle est très-bien développée par Arntz (*Cours de droit civil*, t. Ier, p. 271-273).

consacre l'immoralité. Non, certes; reste à savoir s'il est bien vrai que l'opinion soutenue au conseil d'Etat et formulée dans nos textes soit immorale. Nous avons dit quel est l'esprit de la loi en matière de filiation; nous avons cité les paroles du premier consul. Le législateur veut maintenir la légitimité contre toutes les attaques, même au risque de la fonder sur une fiction, et une fiction que la réalité vient démentir. Un enfant est conçu pendant le mariage, alors que le mari est en Amérique ou en Australie. Il revient; l'adultère, l'illégitimité de l'enfant sont palpables; cependant si le mari garde le silence, cet enfant sera légitime et personne ne pourra attaquer son état. Est-ce de l'immoralité? Les auteurs du code Napoléon ont pensé que c'était chose morale que de donner la légitimité aux enfants et de prévenir des procès scandaleux qui révéleraient un crime, l'adultère, ou une action honteuse, l'inceste.

Il y a une autre objection qui est plus spécieuse. Une succession s'ouvre avant le mariage, à une époque où l'enfant était conçu. Y sera-t-il appelé? Non, de l'aveu de tout le monde. Cet aveu nous condamne, dit Marcadé, car c'est avouer que l'enfant n'est pas légitime; donc il le devient, donc il est légitimé; mais la légitimation ne rétroagissant pas au jour de la conception, partant l'enfant ne peut pas succéder (1). Eh! qui donc a jamais nié que l'enfant conçu avant le mariage fût conçu illégitime? Nous n'avons aucune envie de nier la lumière du jour. L'enfant est conçu illégitime et il devient légitime. Est-ce en vertu de la légitimation? Voilà la question. Nous disons que c'est par une fiction de la loi qui répute l'enfant légitime. Mais toute fiction est circonscrite dans les limites légales. La loi l'établit pour assurer la légitimité de l'enfant; elle ne peut pas songer à le déclarer légitime au moment de sa conception; une pareille fiction serait absurde, et elle serait inutile dans l'esprit de la loi.

La jurisprudence la plus récente se prononce en faveur de l'opinion que nous venons de soutenir (2).

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. II, p. 10 et suiv. (art. 314, n° 1).
(2) Arrêt de Grenoble du 19 février 1868 (Dalloz, 1868, 2, 128). Jugement du tribunal de Bar-le-Duc du 28 février 1862 (Dalloz, 1862, 3, 57).

SECTION III. — De l'enfant conçu après le mariage.

386. L'article 315 porte que la légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée. Il résulte du texte comme de l'esprit de la loi que cet enfant n'est pas illégitime de plein droit, sans contestation et sans jugement. Le Tribunat avait proposé de déclarer que « la loi ne reconnaît pas la légitimité de l'enfant né trois cent et un jours après la dissolution du mariage (1). » Il est vrai que d'après la présomption que le code admet sur la durée la plus longue de la grossesse, l'enfant qui naît trois cents jours après la dissolution du mariage a été conçu depuis la dissolution du mariage; il est donc nécessairement illégitime. Pourquoi la loi n'a-t-elle pas prononcé elle-même cette illégitimité? Parce que, dit Duveyrier, l'orateur du Tribunat, la question de savoir si un enfant est légitime ou non est une question d'intérêt privé, qu'il n'appartient pas au législateur de trancher. C'est aux parties intéressées à agir en justice (2). On peut ajouter que c'est une dernière faveur que la loi accorde à la légitimité. Si l'état de l'enfant n'est pas contesté, il sera réputé légitime. Ici encore la fiction sera en opposition avec la vérité. L'enfant né un an ou deux ans après la dissolution du mariage est certainement un enfant naturel; cependant il sera légitime si personne n'attaque sa légitimité. Le législateur préfère cette fiction qui ne fait de tort à personne, puisque personne ne la conteste, à la réalité, parce que proclamer la réalité, ce serait flétrir inutilement l'enfant.

387. Si la légitimité est contestée, le tribunal devra-t-il déclarer l'enfant illégitime dès qu'il est prouvé qu'il est né trois cents jours après la dissolution du mariage? ou peut-il décider, d'après la durée exceptionnelle de la grossesse, que l'enfant appartient au mari? Nous croyons que le tribunal doit prononcer l'illégitimité. C'est la consé-

(1) Observations de la section de législation du Tribunat, n° 8 (Locré, t. III, p. 77).
(2) Duveyrier, Discours, n° 17 (Locré, t. III, p. 128)

quence logique des présomptions admises par la loi sur la durée de la grossesse. Les auteurs du code civil ont voulu mettre fin à l'arbitraire qui régnait dans l'ancienne jurisprudence et aux décisions scandaleuses que cet arbitraire favorisait. C'est surtout pour les naissances tardives qu'il y avait eu scandale. On avait vu les parlements légitimer des enfants nés dans le douzième, dans le treizième et même dans le dix-huitième mois depuis la dissolution du mariage(1). Nous qualifions ces arrêts de scandaleux, parce qu'on les arrachait à la justice en faveur de familles puissantes, sur l'immoralité desquelles les magistrats jetaient le voile du mensonge. Le législateur doit, quand il le peut, prévenir la partialité et l'iniquité. C'est ce qu'il a fait en établissant des présomptions absolues contre lesquelles aucune preuve contraire n'est reçue. Il est certain, de l'aveu de presque tous les auteurs, que la preuve contraire n'est pas admise, dans le cas de l'article 312, quand il s'agit de déterminer l'époque de la conception, alors que le mari était dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme pour cause d'éloignement ou par impuissance accidentelle. Quelle que soit la faveur attachée à la légitimité, l'enfant ne serait pas reçu à prouver que la grossesse a duré plus de trois cents jours. Pourquoi lui permettrait-on de faire cette preuve quand le mariage est dissous par la mort du mari? La loi a déjà établi une fiction en faveur de l'enfant, en le déclarant légitime quand il naît dans le dixième mois qui suit la dissolution du mariage. Mais cette fiction devait avoir une limite, non-seulement dans l'intérêt de la vérité, mais aussi et surtout dans l'intérêt d'une justice impartiale et honnête.

Il y a des objections tirées du texte et de l'esprit de la loi. L'article 315 dit que la légitimité *pourra* être *contestée*. Ces expressions, dit-on, impliquent un *débat* et la *faculté* pour le juge de le décider d'après ses convictions, donc rien d'absolu. On a répondu, et la réponse est péremptoire, que l'article 312 dit aussi que le mari *pourra désavouer* l'enfant conçu pendant le mariage. En conclura-t-on que

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Légitimité*, § 2, sect. II.

le tribunal a le droit de déclarer cet enfant légitime, s'il trouve que la grossesse a duré plus de dix mois? Demante a avancé ce paradoxe (1), mais il est resté seul de son avis. Le mot *pourra* implique, il est vrai, une faculté, mais laquelle? Celle de contester ou de ne pas contester, celle de désavouer ou de ne pas désavouer. Quant au mot *contester*, il signifie non pas discuter, mais *dénier*. Dans les travaux préparatoires, il a été question de deux systèmes, l'un qui voulait l'illégitimité de plein droit, l'autre qui voulait que les parties intéressées la demandassent. C'est le dernier système qui a été consacré par le code. Quel est donc le sens de l'article 312? Le législateur dit : « L'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage est, à la vérité, illégitime, mais je ne veux pas le déclarer tel de plein droit; il faut que les parties intéressées le demandent. » C'est donc une simple demande que la loi prescrit, et la preuve que l'enfant est né trois cents jours après la dissolution du mariage. Cette preuve faite, l'enfant est nécessairement illégitime.

On prétend que cela est injuste, immoral même; qu'il peut se faire que la grossesse dure plus de trois cents jours; que, dans ce cas, la loi, interprétée comme nous le faisons, conduirait à déclarer illégitime un enfant qui appartient réellement au mari. Nous renvoyons cette objection au législateur qui a établi des présomptions absolues, présomptions qui sont presque toujours favorables à l'enfant, à ce point que sa légitimité est souvent une vraie fiction. Erreur, dit-on, la pensée de la loi n'est pas d'établir une présomption absolue dans l'article 315. Bigot-Préameneu dit que la naissance tardive peut être opposée à l'enfant, s'il naît trois cents jours après la dissolution du mariage; puis il ajoute : « Néanmoins la présomption ne sera décisive contre lui qu'autant qu'elle ne sera pas affaiblie par d'autres circonstances. » Lahary est encore plus explicite; on lit dans son rapport au Tribunat : « Le mot *pourra*, qui est purement facultatif, décèle le motif de cette prévoyante disposition : l'article veut que la légitimité

(1) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 63-66.

puisse être contestée, mais il veut aussi qu'elle puisse triompher de toutes les attaques qui ne seraient pas fondées. » Ces paroles seraient décisives si elles étaient en harmonie avec le texte et avec les principes; elles sont, au contraire, en opposition avec le système de la loi, et tout ce qu'elles prouvent, c'est qu'il ne faut se prévaloir qu'avec une grande réserve des discours et des rapports. Lahary, que nous venons de citer, nous en fournit un témoignage singulier. Il cite le cas suivant, dans lequel, selon lui, la contestation de légitimité devrait être rejetée : « Si l'enfant prouvait que son père divorcé se serait rapproché de sa mère postérieurement à la dissolution du mariage (1). » L'erreur est palpable; il est de toute évidence que l'enfant né d'un pareil rapprochement, étant conçu après la dissolution du mariage, sera illégitime.

L'opinion que nous venons d'exposer est professée par la plupart des auteurs; la jurisprudence est divisée; elle présente du reste peu de monuments sur cette question (2).

388. Les présomptions que la loi établit sur la durée de la grossesse donnent lieu, dans l'application, à une difficulté qui paraît inextricable. Aux termes de l'article 228, la femme ne peut contracter un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent. L'article 296 étend cette disposition au divorce prononcé pour cause déterminée : la femme divorcée ne peut se remarier que dix mois après le divorce prononcé. Il est arrivé que les femmes veuves ou divorcées n'ont pas attendu l'expiration de ce délai pour se remarier. L'empêchement n'étant que prohibitif, le mariage ne peut pas être annulé. Si la femme remariée dans le mois qui suit la mort de son mari, accouche dans le septième, le huitième ou le neuvième mois du second mariage, à qui l'enfant appartiendra-t-il? Il est l'enfant du premier mari, si l'on applique la présomption de la grossesse la plus longue; il est l'enfant du second mari, si l'on applique la présomption de la grossesse la plus courte. Il y a

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 13; Lahary, Rapport, n° 14 (Locré, t. III, p. 88 et 106).
(2) Voyez les sources dans Dalloz, au mot *Paternité*, nos 85 et 86.

donc incertitude sur sa filiation; c'est cette confusion de part que le législateur a voulu éviter, en prescrivant le délai de dix mois à la femme veuve ou divorcée. Comment décidera-t-on la difficulté?

C'est une de ces questions célèbres qui ont exercé la sagacité des légistes; et chacun voulant faire preuve d'originalité, il en est résulté qu'il y a à peu près autant d'avis que d'auteurs. On peut les voir dans Duranton (1). L'opinion qui réunit le plus de suffrages parmi les jurisconsultes modernes attribue la décision du litige aux tribunaux, en ce sens qu'ils jugeront d'après les circonstances, c'est-à-dire la vraisemblance des faits connus. Si, d'après la déposition des gens de l'art, la constitution physique de l'enfant né dans le dixième mois était telle que l'on dût admettre une naissance tardive, le juge l'attribuerait au premier mari, à moins que la caducité, l'absence ou la maladie du mari défunt ne fissent pencher la balance pour le second. Si la naissance était déclarée précoce, le juge se prononcerait pour le second mari (2). Zachariæ modifie cette décision en ce sens que le tribunal videra le débat d'après le plus grand intérêt de l'enfant (3).

Cela nous paraît inadmissible. La loi a établi des présomptions, précisément pour ne rien laisser à l'appréciation du juge, par crainte de l'arbitraire, de la partialité. Il est donc dans le vœu de la loi que la question soit décidée par l'application des présomptions, et non d'après la déposition des gens de l'art. Dans l'opinion de Zachariæ, on se rapproche davantage du texte et de l'esprit de la loi. Le tribunal appliquera l'une ou l'autre présomption, en consultant le plus grand intérêt de l'enfant. C'est, en effet, de l'intérêt de l'enfant qu'il s'agit, pour mieux dire de son droit, puisqu'il a le droit d'appartenir à l'une des deux familles, selon que l'on applique l'une ou l'autre présomption. Puisque c'est le droit de l'enfant qui est en cause, pourquoi ne lui permettrait-on pas de réclamer l'une ou l'autre filiation? Il peut invoquer deux présomp-

(1) Duranton, t. III, p. 59, n° 63. Dalloz, au mot *Paternité*, n° 91.
(2) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. Ier, p. 50.
(3) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. III, p. 653, § 546.

tions, donc il doit avoir le choix. S'il se décide pour le premier mari, il en a le droit, et que pourrait-on lui opposer? L'autre présomption? Mais cette présomption est établie en sa faveur et il y peut renoncer. De quel droit d'ailleurs lui imposerait-on une filiation qu'il ne réclame pas? L'opinion que nous soutenons est une de celles que l'on professait dans l'ancien droit. C'est plus qu'une simple théorie, elle est consacrée par le droit anglais (1). Cela est une grande autorité, au moins au point de vue théorique. Elle est en harmonie avec l'esprit de notre code civil, puisqu'elle n'abandonne rien au pouvoir arbitraire du juge. On fait une objection très-singulière. Laisser le choix à l'enfant, dit-on, c'est lui permettre de choisir son père. Ce sera donc l'enfant, en définitive, qui fera son père. L'objection ne nous paraît pas sérieuse. Non, ce n'est pas l'enfant qui se fait son père, puisqu'il invoque une présomption légale; c'est donc la loi qui fait le père, et non l'enfant. Il y a plus : la loi elle-même consacre, en cette matière, une espèce d'option au profit de l'enfant. Quand, dans le cas de l'article 312, il s'agit de déterminer l'époque de la conception, il y a une époque variable du cent quatre-vingtième au trois centième jour avant la naissance : l'enfant se place donc, à son choix, ou sous la présomption de la grossesse la plus longue, ou sous celle de la grossesse la plus courte. Et rien de plus logique. Celui à qui la loi donne deux droits a nécessairement la faculté de choisir (2).

389. Une difficulté analogue s'est présentée dans une affaire célèbre qui a donné lieu à des arrêts en sens divers. Un enfant naît deux cent quatre-vingt-trois jours après la mort du mari de sa mère. Il est reconnu comme enfant naturel par sa mère et par son père. Plus tard, il est légitimé par le mariage de ses parents. Quelle est la filiation de cet enfant? La cour de Paris a décidé que l'enfant appartenait au mari défunt, en vertu d'une présomption légale : conçu pendant le mariage, il a pour père le

(1) Blackstone, *Commentaire des lois anglaises*, t. II, chap. VIII, n° 2.
(2) Arntz, *Cours de droit civil français*, t. Ier, p. 275, n° 527.

mari, et cette présomption ne peut être détruite que par le désaveu ; la reconnaissance et la légitimation ne sauraient détruire la présomption, en enlevant à l'enfant un état qu'il tient de la loi. Tel ne fut pas l'avis de la cour de cassation, elle cassa l'arrêt de la cour de Paris. L'enfant reconnu et légitimé était mort en possession de l'état d'enfant légitime du second mari de sa mère. Cette reconnaissance et cette légitimation assurent son état; il ne peut pas lui être enlevé par la présomption de l'article 315 qui attribue l'enfant au premier mari, car cette présomption est établie pour protéger l'enfant né dans les trois cents jours, et qui est en possession de l'état d'enfant légitime de son père défunt; on ne saurait donc l'invoquer contre l'enfant qui jouit d'un autre état, puisque ce serait lui enlever un état en vertu d'une présomption qui ne reçoit pas d'application à l'espèce, et qui ne peut, en tout cas, pas être rétorquée contre l'enfant. La cour d'Orléans, à laquelle la cause fut renvoyée, se prononça dans le même sens (1).

Les auteurs sont divisés; les uns prennent parti pour la cour de Paris, les autres pour la cour de cassation (2). Il y a un point qui nous paraît certain, c'est que l'enfant dont il s'agit a deux filiations. La cour de Paris invoque, non l'article 315, mais l'article 312; l'enfant né dans les trois cents jours de la dissolution du mariage est conçu dans le mariage, donc il a pour père le mari, sauf désaveu. Il n'y a rien à répondre à cela. Mais cet enfant n'a-t-il pas une seconde filiation? Reconnu et légitimé, il appartient au père qui l'a reconnu et légitimé. Dira-t-on que cette reconnaissance est nulle parce que ce serait la reconnaissance d'un enfant adultérin? Non, ce serait faire une très-fausse application de la présomption qui détermine la durée de la grossesse; elle est étrangère aux enfants naturels. Dans l'espèce, l'enfant reconnu pouvait être conçu depuis la dissolution du mariage : si ses père

(1) Arrêts de Paris du 16 juillet 1839, de la cour de cassation du 23 novembre 1842 et de la cour d'Orléans du 10 août 1843 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 94).

(2) Demolombe, t. V, p 96-103, n° 96. Demante, t. II, p. 67, n° 42 *bis* V.

et mère s'étaient mariés au moment de la reconnaissance, l'enfant aurait certainement pu invoquer l'article 314, il eût été présumé conçu dans le second mariage, donc légitime. Sa conception n'était donc pas adultérine; elle ne le serait que si l'on pouvait rétorquer contre l'enfant la présomption de la durée la plus longue de la grossesse : mais n'est-il pas de toute évidence qu'une présomption établie pour assurer la légitimité de l'enfant ne saurait être invoquée pour le déclarer adultérin? La reconnaissance est donc valable, et par suite la légitimation. D'où suit que l'enfant a une double filiation.

Si l'enfant avait été en cause, il aurait pu dire qu'il a fait son choix, qu'il entend être enfant du second mari de sa mère. Et nous ne voyons pas ce que l'on aurait pu lui objecter. Qu'il appartient au premier mari par une présomption légale? « Tout ce que cela prouve, aurait répondu l'enfant, c'est que je pourrais réclamer cette filiation. C'est un droit pour moi, mais n'est-ce pas chose absurde que de vouloir m'imposer un droit? J'ai encore un autre droit et j'en use. Je suis et je veux rester l'enfant du second mari de ma mère. Qui peut me contester l'usage d'un droit que je tiens de la reconnaissance de mon père et de la légitimation? » Mais l'enfant était mort. Dès lors, il fallait dire qu'il avait consommé son choix, car il n'avait jamais songé à réclamer l'état d'enfant légitime du premier mari. Son titre et sa possession d'état lui assuraient la qualité d'enfant légitime du second mari de sa mère. Son état était donc définitivement fixé à sa mort, personne n'ayant le droit de lui imposer une filiation dont lui n'avait pas voulu.

SECTION IV. — Calcul des délais.

390. La loi fixe deux limites extrêmes pour la durée de la grossesse, un minimum de cent quatre-vingts jours et un maximum de trois cents. Mais elle ne dit pas comment on doit compter ces délais. De là une grande incertitude dans la doctrine; M. Demolombe se plaint, et non sans tort, dit M. Valette, qu'il n'y a rien de plus compliqué ni de plus obscur, et rien de plus divergent que les

opinions des auteurs. Cependant ces questions sont d'une haute importance : suivant la manière dont on compte les délais, la filiation d'un enfant peut être légitime ou naturelle, et même adultérine. Nous allons d'abord exposer la doctrine qui est le plus généralement suivie par les auteurs.

Elle repose sur deux principes traditionnels. D'après le premier, les délais se calculent par jours et non par heures. Le code Napoléon le dit en matière de prescription (article 2260). L'on entend par jour l'espace de vingt-quatre heures ; d'où suit que l'on ne tient pas compte des fractions de jour dans le calcul des délais. Un second principe exclut du calcul le premier jour du délai, précisément parce que ce ne serait qu'une fraction de jour, tandis qu'il y comprend celui de l'échéance, en ce sens qu'il doit être écoulé en entier (code de procédure, art. 1033; code civil, art. 2061). Par application de ces principes, on calcule les délais de cent quatre-vingts et de trois cents jours, non de moment à moment, mais de jour à jour, en excluant le premier, celui que dans le langage de l'école on appelle le *dies a quo*. La loi dit que l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage ne peut pas être désavoué; le jour où le mariage a été célébré ne compte pas; il faut donc cent soixante-dix-neuf jours complets entre le jour du mariage et celui de la naissance; de sorte que si le mariage est célébré le 1er janvier et si l'enfant naît le 29 juin, il ne sera pas conçu pendant le mariage, et par suite il pourra être désavoué, car il naîtra le cent soixante-dix-neuvième jour, tandis qu'il faut cent soixante-dix-neuf jours complets. S'il naît le 30 juin, les cent soixante-dix-neuf jours étant accomplis, l'enfant sera présumé conçu pendant le mariage et ne pourra être désavoué.

On fait le même calcul pour le délai de trois cents jours. Le jour de la dissolution du mariage ne compte pas ; il suffit donc de deux cent quatre-vingt-dix-neuf jours complets pour former le délai de trois cents jours ; c'est-à-dire que l'enfant qui naît le trois centième jour sera encore présumé conçu dans le mariage (1).

(1) Demolombe, t. V, p. 13, n° 19. Zachariæ, t. III, p. 623, note 4. Dalloz, au mot *Paternité*, nos 27-29.

Reste à prouver que ces calculs concordent avec la loi. L'article 315 dit que la légitimité de l'enfant *né trois cents jours après la dissolution du mariage* pourra être contestée. Ces mots, *après la dissolution du mariage*, semblent indiquer qu'il ne faut pas compter dans le délai le jour de la dissolution; et les mots *né trois cents jours* impliquent que les trois cents jours doivent être écoulés; ce qui aboutit à notre calcul, d'après lequel l'enfant conçu le trois centième jour est encore présumé conçu pendant le mariage.

Il y a plus de difficulté dans le cas de l'article 314, qui porte : « L'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour *du mariage* ne pourra être désavoué. » Ces mots *du mariage* semblent dire que le jour de la célébration est compris dans le délai, et le bon sens nous le dit aussi, puisque la conception peut avoir lieu ce jour. A cela on répond qu'il est impossible de comprendre le *dies à quo* dans le calcul des jours quand il s'agit du minimum de la grossesse, alors qu'on l'exclut dans le calcul du maximum. En effet, dans le cas de l'article 312, les deux délais concourent pour former l'époque à laquelle la conception peut avoir lieu; il faut donc nécessairement une manière uniforme de compter les délais : dès lors, l'on doit ou comprendre dans tous les cas le *dies à quo* dans les délais, ou l'exclure dans tous les cas. Le dernier système est en harmonie avec le principe traditionnel sur le *dies à quo*; il est consacré par le texte de l'article 315 et il n'est pas contraire à l'article 314 : cette dernière disposition parle du cent quatre-vingtième jour du mariage, mais elle ne nous dit pas ce qu'il faut entendre par un jour; or, on ne compte pas les délais par heures, ce qui exclut les fractions de jour, et par conséquent le jour où le mariage a été célébré.

391. L'opinion générale que nous venons d'exposer repose sur une base très-fragile, ce sont deux principes traditionnels. Il s'agit de savoir si l'on doit compter les délais par jours ou par heures. M. Demolombe dit que la supputation doit se faire par jours et non par heures, que c'est là une vérité incontestable (1). Sur quoi est fondée

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 12, n° 18.

cette vérité? Au titre de la Paternité, la loi est muette, tout le monde s'en plaint. Pour que cette manière de compter fût une vérité incontestable, il faudrait donc que le législateur eût posé ailleurs une règle générale, applicable à tous les délais. Or, c'est ce que le législateur n'a point fait. On cite l'article 2260; il décide effectivement la question pour le calcul de la prescription: en cette matière, les délais se comptent par jours et non par heures. Mais, la disposition de l'article 2260 est spéciale, et rien ne nous autorise à en faire une règle générale. Il y a des raisons pour que la prescription ne se compte point par heures : c'est qu'il serait le plus souvent impossible de fixer d'une manière précise l'heure à laquelle elle a commencé et l'heure à laquelle elle s'est accomplie; recourt-on aux actes, ils sont datés par jours et non par heures; fait-on appel au témoignage des hommes, qui donc se rappellera l'heure à laquelle a commencé il y a dix, vingt ou trente ans, un fait de possession par lui-même très-insignifiant, et qui par conséquent ne frappe pas l'attention? Ces motifs expliquent la disposition spéciale de l'article 2260, mais ils sont tout à fait étrangers à la matière de la filiation. Un mariage se célèbre le 1er janvier; la durée la plus courte de la grossesse est de cent quatre-vingts jours : quel sera le point de départ du délai? Le bon sens répond : Le moment où la conception pendant le mariage est devenue possible; or, elle devient possible dès que le mariage est célébré. Qu'importe que ce ne soit qu'une fraction de jour, si précisément pendant ces douze ou quatorze heures la conception a été possible et, disons plus, probable? Donc c'est par heures qu'il faut compter et non par jours. Nous disons que les motifs qui ont fait établir une autre règle en matière de prescription n'ont rien de commun avec la filiation. La vérité eût exigé que l'on calculât par heures, car il s'agit de constater l'état réel des choses et non de procéder par fiction. Si la loi ne l'a pas fait, c'est que la chose était impossible. Est-il aussi impossible de préciser le moment où le mariage se célèbre, puis le moment de la naissance? Les actes de l'état civil indiquent l'heure où ils sont reçus; c'est une des énonciations que l'article 34

prescrit; et l'officier public doit aussi mentionner l'heure de la naissance sur la déclaration des comparants (art. 57). On a donc une preuve légale qui constate la vérité. Pourquoi laisserait-on là la réalité des choses pour recourir à des fictions? Si ces fictions étaient consacrées par la loi, il faudrait les accepter. Mais la loi les ignore; il faut dire plus, c'est qu'elles nous écartent de la loi. D'après l'esprit et d'après le texte de la loi, le minimum de la grossesse est de cent quatre-vingts jours; cependant, d'après le calcul traditionnel, il se trouve que ce délai est réduit à cent soixante-dix-neuf jours. Nouvelle fiction, et fiction en dehors de la loi. Il faut compter cent quatre-vingts jours de vingt-quatre heures, à partir de l'heure où le mariage a été célébré jusqu'à l'heure où l'enfant est né; il sera légitime si ce nombre d'heures est écoulé, illégitime s'il n'est pas écoulé.

Nous en disons autant du délai de trois cents jours. On comptera également à partir de l'heure où le mariage s'est dissous jusqu'à l'heure de la naissance. L'enfant né dans ce délai sera présumé conçu pendant le mariage et partant légitime; celui qui naîtra après ce nombre d'heures sera conçu après la dissolution du mariage, donc illégitime. Ce calcul est en harmonie avec la réalité des choses, autant qu'une fiction peut s'accorder avec la réalité. Car nous sommes sur le terrain d'une fiction, non-seulement pour la durée du délai, mais encore pour le point de départ. Le délai court à partir du moment ou de l'heure où le mariage s'est dissous : ce qui suppose que la conception a pu avoir lieu à l'instant qui a précédé la mort ou la prononciation du divorce. Certes, voilà une fiction peu probable, mais du moins elle est dans l'ordre des choses possibles. Tandis que le calcul usuel, qui exclut le jour de la dissolution, implique que la conception a pu avoir lieu pendant tout le jour de la dissolution, ce délai ne commençant à courir qu'à partir du lendemain : ce qui est souverainement absurde. Reste à savoir si la mort peut se prouver aussi exactement que la naissance. Or, il se trouve que le code Napoléon ne prescrit pas l'énonciation de l'heure, pas même celle du jour du décès (art. 79). Les

officiers publics marquent, il est vrai, l'heure du décès sur les déclarations, qu'ils demandent, au besoin, aux déclarants; mais quelle est la foi due à cette énonciation? La loi ne la prescrivant pas, il faut décider qu'elle ne fait aucune foi : c'est la constatation d'un témoignage donné en dehors de la loi. Toujours est-il qu'à défaut de la preuve littérale, on peut recourir à la preuve testimoniale. C'est ce que le législateur a supposé. Cette preuve est bien plus sûre en matière de filiation qu'en matière de prescription. La mort est un fait grave qui frappe les plus indifférents; ce moment solennel ne s'efface plus de leur souvenir, tandis que l'homme dont la mémoire est la plus fidèle oubliera facilement les faits de possession dont il a été témoin accidentel. Rien n'empêche donc d'avoir égard à la réalité.

C'est M. Valette qui le premier a proposé le système que nous adoptons (1). La jurisprudence la plus récente se prononce en ce sens (2). Nous appliquons ce calcul à tous les cas, même quand le mari désavoue l'enfant pour cause d'impossibilité physique de cohabitation (art. 312). On a objecté qu'il était impossible de préciser avec certitude l'heure à laquelle a commencé ou cessé cette impossibilité de cohabitation (3). L'objection n'est pas sérieuse. Quand c'est pour cause d'éloignement, il y a un fait extérieur, le voyage, dont le commencement et la fin sont très-faciles à prouver. Si le mari allègue l'impuissance accidentelle, on peut encore, dans notre opinion, déterminer avec certitude la date de l'accident ainsi que la guérison, si guérison il y a. Pour la maladie interne, la chose serait difficile; mais, à notre avis, la maladie n'est pas admise comme cause d'impossibilité de cohabitation.

(1) Valette, *Explication sommaire du premier livre du code civil*, p. 164 et suiv.

(2) Jugement du tribunal d'Arras du 6 mai 1857; arrêts de Poitiers du 24 juillet 1855 et d'Angers du 12 décembre 1867 (Dalloz, 1858, 2, 138; 1865, 2, 129; 1867, 2, 201).

(3) Arntz, *Cours de droit civil*, t. Ier, p. 266, 4°, n° 505.

CHAPITRE III.

DE LA FILIATION MATERNELLE.

392. Le chapitre II du titre VII est intitulé : *Des preuves de la filiation des enfants légitimes.* Il admet comme telles l'acte de naissance, la possession d'état et la preuve testimoniale. Deux de ces preuves, la première et la troisième, ne concernent que la filiation maternelle; quant à la filiation paternelle, elle ne se prouve ni par l'acte de naissance, ni par témoins; nous venons de voir qu'elle résulte, par voie de présomption, de la conception ou de la naissance pendant le mariage. Quant à la possession d'état, elle embrasse, à la vérité, la filiation paternelle aussi bien que la filiation maternelle. Cependant on ne peut pas dire qu'elle prouve directement la paternité, cette preuve étant toujours impossible. Donc, à vrai dire, la possession d'état ne prouve que la maternité, l'accouchement de la femme mariée et l'identité de l'enfant qui jouit de la possession d'état. La paternité ne peut jamais résulter que d'une présomption. Il y a cependant une différence considérable entre la preuve de la filiation par possession d'état et les deux autres preuves. Quand l'enfant prouve sa filiation maternelle par un acte de naissance, il est par cela même présumé enfant du mari, et celui-ci ne peut combattre cette présomption que par le désaveu. Si l'enfant établit sa filiation par témoins, il a aussi en sa faveur la présomption de paternité de l'article 312; mais dans ce cas le mari n'est pas tenu de recourir au désaveu, il est admis à la preuve contraire, d'après les règles du droit commun. La preuve de la filiation par la possession d'état entraîne également la présomption de paternité au profit de l'enfant, mais le père ne peut pas la combattre par le désaveu. En effet, l'un des faits que l'enfant doit prouver, c'est que le mari l'a traité comme son enfant, et a pourvu, en cette qualité, à son entretien,

à son éducation et à son établissement. Cela implique la reconnaissance de la légitimité, dès lors il ne peut plus être question de désaveu (1).

SECTION I. — De l'acte de naissance.

§ Ier. *De la filiation.*

393. Aux termes de l'article 319, « la filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur les registres de l'état civil. » Il faut l'inscription de l'acte sur les registres, parce qu'il prouve la filiation des enfants légitimes. Si l'officier public constate la naissance sur une feuille volante, cet écrit ne fera aucune preuve, car il ne constitue pas un acte de l'état civil, l'inscription sur le registre étant une formalité essentielle pour l'existence de l'acte. C'est ce que nous avons établi au titre des Actes de l'état civil (2). La feuille volante ne serait cependant pas sans valeur pour celui dont elle constate la naissance; l'inscription sur une feuille volante est un délit (code pénal, art. 463); celui qui est lésé par ce délit peut former une plainte contre l'officier public et se porter partie civile. Si l'instruction établit qu'il y a eu naissance et que les formalités essentielles ont été remplies, le jugement tiendra lieu d'acte de naissance. Le code le décide ainsi pour le mariage; la disposition de l'article 198 s'applique par analogie à la naissance.

L'inscription de l'acte sur les registres est-elle la seule condition requise pour que l'acte existe, et partant pour qu'il fasse foi? On applique à l'acte de naissance les principes que nous avons posés en expliquant le titre de l'Etat civil. Il faut donc que l'acte soit reçu par l'officier de l'état civil et signé par lui. L'inobservation des autres formalités prescrites par la loi n'entraîne pas la non-existence ni la nullité de l'acte; elles donnent seulement lieu à rectification (3).

(1) Valette, *Explication sommaire du livre Ier du code civil*, p. 177.
(2) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 37, n° 24.
(3) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 33 et suiv.

394. L'article 319 dit que l'acte de naissance prouve la filiation des enfants légitimes. Cela n'est pas exact. D'abord l'acte de naissance ne prouve jamais la filiation paternelle, bien que la loi prescrive d'énoncer les noms des *père* et mère (art. 57); la filiation paternelle s'établit par les présomptions que nous venons d'expliquer. Il ne peut donc s'agir que de la preuve de la maternité. Pour constater la filiation maternelle, il faut prouver que telle femme est accouchée, et que l'enfant qui prétend être né d'elle est identique avec celui auquel elle a donné le jour. La preuve de filiation implique donc deux faits, l'accouchement et l'identité. Quant à l'accouchement, il se prouve par l'acte de naissance, mais il est évident que cet acte ne prouve pas l'identité : le premier venu pouvant se faire délivrer un extrait des registres de l'état civil, le fait de posséder un titre ne prouve pas que le possesseur est l'enfant dont l'acte constate la naissance; il faut encore qu'il prouve son identité; nous dirons plus loin comment cette preuve se fait. Quant à l'accouchement, il se prouve par l'acte de naissance, mais il faut pour cela que l'enfant qui fait preuve de sa filiation soit légitime, dit l'article 319, c'est-à-dire que le mariage de sa mère soit constant. (Voy. plus haut, n° 360.)

L'acte de naissance ne prouve donc que l'accouchement. Quelle est l'étendue de cette preuve? A s'en tenir à la lettre de l'article 45, il faudrait dire que l'acte de naissance fait foi jusqu'à inscription de faux. Telle est en effet l'opinion de plusieurs auteurs. Nous avons examiné la question ailleurs; à notre avis, l'acte de naissance ne fait foi de l'accouchement que jusqu'à preuve contraire (1). Même ainsi interprétée, la loi déroge encore à la rigueur des principes. Qu'est-ce, en effet, que l'acte de naissance? C'est improprement qu'on l'appelle ainsi. Le seul fait que l'officier public constate, c'est qu'un enfant est né; quant au point de savoir de qui cet enfant est né, l'officier de l'état civil se borne à constater les déclarations des comparants. Qui sont ces comparants? Ce sont des personnes

(1) Voyez tome II de mes *Principes*, p. 53 et suiv., nos 38-42.

qui ont assisté à l'accouchement, dit l'article 56. Mais qui garantit qu'elles y ont assisté? Elles ne doivent pas même en faire la déclaration; elles peuvent donc déclarer des faits mensongers. Ce sont de simples témoignages qui émanent d'un premier venu, sans la garantie du serment que la loi exige en général des témoins. D'après le droit commun, un pareil témoignage n'aurait aucune valeur. Si la loi y ajoute foi, c'est que le plus souvent les déclarants n'ont aucun intérêt à altérer la vérité. Mais cela peut arriver. Il fallait donc autoriser la preuve contraire. La preuve contraire est de droit; seulement quand on conteste la vérité d'une déclaration émanée d'un officier public, la loi veut que celui qui l'attaque s'inscrive en faux. Or, qu'est-ce que l'officier de l'état civil constate, dans l'acte de naissance, quant à la filiation? Il constate le fait matériel que telle déclaration lui a été faite; ce fait est donc prouvé jusqu'à inscription de faux. Mais l'officier public ne constate pas la vérité de cette déclaration, donc elle ne peut faire foi que jusqu'à preuve contraire.

Il y a un arrêt de la cour de cassation en ce sens. La cour de Lyon avait décidé que l'enfant qui invoquait un acte de naissance n'était pas né de la femme qu'il prétendait être sa mère, qu'il était né d'une autre femme. Elle l'avait jugé ainsi en se fondant sur la preuve testimoniale, accompagnée de commencements de preuve par écrit et de présomptions graves. L'arrêt fut confirmé par la cour suprême (1). Faut-il conclure de là que la preuve testimoniale ne serait pas admissible sans commencement de preuve par écrit? Non, la cour de cassation ne dit pas cela; elle constate seulement que, dans l'espèce, il y avait outre les témoignages des écrits. Il est certain que la preuve testimoniale serait admise pour établir que la déclaration de filiation faite par les comparants est mensongère.

395. L'acte de naissance porte d'ordinaire que l'enfant est enfant *légitime* d'un tel et d'une telle, ou qu'il est né d'un tel et d'une telle, *époux légitimes*. Ces déclarations

(1) Arrêt du 30 novembre 1824 (Dalloz, au mot *Paternité*, 224).

font-elles foi de la légitimité? Il est évident que non. Nous avons dit plus haut (n° 359) comment se fait la preuve de la légitimité. Il faut, avant tout, que l'enfant prouve que sa mère était mariée; or, la célébration du mariage ne se prouve pas par l'acte de naissance, elle se prouve par l'acte de mariage inscrit sur les registres de l'état civil, ou par la possession d'état, quand c'est l'enfant qui fait la preuve, sous les conditions déterminées par l'article 197. L'acte de naissance par lui-même ne prouve donc jamais la légitimité. Il ne fait pas même preuve complète de la filiation ; il y a plus, il ne fait preuve de l'accouchement que si le mariage est constant. Il n'y a aucun doute sur tous ces points (1).

Nous disons que l'acte de naissance ne prouve l'accouchement que si le mariage est constant. De là suit qu'en principe l'enfant conçu pendant le mariage peut seul se prévaloir de l'acte de naissance pour établir sa filiation maternelle. Mais comme la loi répute aussi légitime l'enfant né pendant le mariage, quoique conçu avant le mariage, cet enfant pourra également prouver sa filiation par l'acte de naissance. Il n'en est pas de même des enfants conçus après la dissolution du mariage, en ce sens du moins qu'il suffit que leur légitimité soit contestée pour qu'ils doivent être déclarés illégitimes, et partant ils ne peuvent plus invoquer l'article 319. Ils ne sont légitimes qu'en l'absence de toute contestation; et dans cette hypothèse, la question de filiation n'est pas agitée (2).

396. L'article 56 dit que la naissance sera déclarée par le père, ou, à défaut du père, par les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes qui auront assisté à l'accouchement; et lorsque la mère sera accouchée hors de son domicile, par la personne chez qui elle sera accouchée. On demande si la déclaration fait foi quand une autre personne aura déclaré la naissance. Il y a une grande incertitude dans la doctrine sur cette question. Toullier enseigne que la dé-

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, p. 102, n° 108 Arrêt de Paris du 20 mai 1808 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 314).
(2) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. III, p. 652, § 547, note 1.

claration ne fait aucune foi (1). Cette opinion a été discréditée par les erreurs et les mauvaises raisons que l'auteur met en avant. Il considère les personnes désignées par l'article 56 comme des officiers publics ayant une mission de la loi, mission que naturellement d'autres ne peuvent pas remplir. Puis Toullier cite des arrêts qui sont étrangers au débat. Il y a cependant une idée juste dans sa doctrine. Le père, le médecin, la sage-femme et la garde-couche ne sont certes pas des officiers publics; mais la loi leur donne une mission, et pourquoi? Parce que, assistant à l'accouchement, ils sont témoins oculaires; leur déclaration, à ce titre, mérite foi entière. Si la déclaration est faite par une personne qui n'a pas assisté à l'accouchement, elle ne peut plus faire la même foi; à vrai dire, elle n'en fait aucune; car ce n'est plus un témoignage, c'est un ouï-dire. Un ouï-dire ne prouve rien; la loi y attache parfois la même force probante qu'aux témoignages, sous le nom de *commune renommée;* mais il a fallu un texte pour cela; en l'absence d'un texte, on doit repousser ces *on dit*, comme la plus vague et la plus dangereuse des preuves; pour mieux dire, ce n'est pas une preuve.

M. Demolombe l'avoue, mais il finit, comme toujours, par plier le droit devant le fait. Le déclarant, dit-il, ne doit pas affirmer qu'il a assisté à l'accouchement; de là il conclut que l'acte de naissance sera régulier, par quelque individu que la naissance ait été déclarée, tant que l'on ne prouve pas que le déclarant a menti. Duranton dit à peu près la même chose (2). Sans doute, l'acte est régulier, mais qu'importe? Pour que la question se présente, il faut supposer que la déclaration est attaquée comme mensongère; il s'agit alors de savoir s'il suffit que l'on prouve que le déclarant n'a pas assisté à l'accouchement, ou si l'on doit prouver, comme dit M. Demolombe, qu'il a menti. Nous croyons qu'il suffira de prouver que le comparant n'avait pas qualité pour faire la déclaration; dès lors sa déclaration n'est plus qu'un ouï-dire qui ne mérite aucune foi.

(1) Toullier, t. II, p. 98, n° 863, et la critique de Duvergier, p. 100, note.
(2) Demolombe, t. V, p. 167, n° 191. Duranton, t. III, p. 119-121, n°s 120-121. Dalloz, au mot *Paternité*, n° 211.

397. L'article 55 veut que la déclaration de naissance soit faite dans les trois jours de l'accouchement. Si elle était faite après ce délai, l'acte de naissance aurait-il force probante? Rappelons d'abord que l'officier de l'état civil ne peut, en ce cas, inscrire l'acte qu'en vertu d'un jugement (1); s'il y a un jugement, on applique les principes que le code établit sur la rectification des actes de l'état civil, c'est-à-dire que le jugement ne pourra être opposé qu'à ceux qui auront été parties en cause; il n'aura donc aucun effet à l'égard des autres, et par conséquent ne fera pas foi à leur égard. Cela décide la question pour le cas où l'officier public aurait inscrit l'acte de naissance sans jugement. Cet acte ne peut faire aucune foi. Telle est l'opinion de Merlin (2). Un arrêt de la cour de Caen décide que les juges pourront accorder force probante à l'acte d'après les circonstances de la cause. Dans l'espèce, l'acte avait été reçu treize jours après l'accouchement. L'acte n'est pas nul, dit l'arrêt, parce que la loi ne prononce pas la nullité, et comme il est rédigé dans un temps si rapproché de la naissance, les faits qu'il constate devaient être notoires, et par conséquent l'officier de l'état civil ne peut manquer d'en avoir eu connaissance (3). Mauvaises raisons, à notre avis. La loi, il est vrai, ne prononce pas la nullité, et le législateur s'en est rapporté sur ce point aux tribunaux. Mais l'avis du conseil d'Etat décide la question. Si un acte de naissance, quoique inscrit en vertu d'un jugement, ne fait pas foi à l'égard de ceux qui, n'ayant pas été en cause, n'ont pu défendre leur droit, comment veut-on qu'un acte inscrit irrégulièrement puisse être opposé à tout le monde? Une inscription irrégulière aurait donc plus de force qu'une inscription régulière! Que dire de la connaissance personnelle que l'officier public a des faits? Est-ce d'après ce que lui sait qu'il rédige les actes de l'état civil, ou est-ce d'après les déclarations que les com-

(1) Avis du conseil d'Etat du 8 brumaire an XI (voyez le t. II de mes *Principes*, p. 31, n° 19.

(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Naissance*, § 4.

(3) Arrêt du 3 mars 1836 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 64). Demolombe partage cette opinion (t. I[er] p. 474, n° 292), ainsi que Dalloz, n° 212.

parants lui font? Et est-ce une déclaration que celle qui se fait plus ou moins longtemps après que les faits déclarés se sont passés? Si le législateur ajoute foi à la déclaration, n'est-ce pas précisément parce qu'elle a lieu au moment de l'accouchement?

398. L'acte de naissance est souvent irrégulier. Fait-il foi malgré ces irrégularités? En principe, l'affirmative ne souffre aucun doute. Les irrégularités donnent lieu à une demande de rectification, et le jugement aura effet à l'égard de ceux qui ont été parties en cause (art. 100). Là n'est pas la difficulté. Il y a des irrégularités qui paraissent si grandes qu'elles semblent détruire le titre, en ce sens que l'enfant ne peut plus s'en prévaloir pour établir sa filiation maternelle, d'où suivrait cette grave conséquence qu'il ne pourrait plus invoquer la présomption de paternité établie par l'article 312, et partant le mari n'aurait pas besoin de recourir au désaveu pour écarter cet enfant de la famille. L'enfant, n'ayant pas de titre, devrait prouver sa filiation par la possession d'état, et à défaut de possession, invoquer la preuve testimoniale, ce qu'il ne pourrait faire que s'il avait un commencement de preuve par écrit, et la preuve pourrait être combattue par toute preuve contraire. Conséquence d'une extrême gravité, puisque le plus souvent elle compromettrait son état.

Il faut d'abord poser un principe. Quel est l'objet de l'acte de naissance quand il s'agit d'un enfant légitime? C'est d'établir sa filiation maternelle; il n'a pas pour but de prouver la filiation paternelle, celle-ci résulte des présomptions consacrées par la loi. De là suit que les énonciations de l'acte de naissance concernant la paternité ne peuvent jamais être opposées à l'enfant. Il est vrai que l'acte de naissance doit énoncer le nom du père (art. 57), mais cette mention n'étant pas destinée à faire foi de la paternité, ne peut nuire en rien à l'enfant. Quant à la filiation maternelle, peu importent encore les termes dans lesquels elle est déclarée et constatée; pourvu que le nom de la mère soit connu avec certitude, et que du reste le mariage soit constant, la filiation maternelle sera prouvée par l'acte de naissance; dès lors l'enfant aura pour père

le mari de sa mère, et celui-ci n'aura qu'un moyen de le rejeter de la famille, le désaveu (1).

Nous allons maintenant appliquer le principe. L'acte désigne la mère sous son nom de famille, au lieu de la désigner sous le nom de son mari, ou il la qualifie de femme non mariée, de fille ; d'ordinaire, en ce cas, le nom du père ne sera pas indiqué. Au premier abord, ces irrégularités paraissent témoigner contre l'enfant, elles font naître des soupçons d'adultère; la femme se cache, dira-t-on, donc elle a intérêt à se cacher. Toutefois il faut décider, et sans hésiter, qu'un pareil acte de naissance, bien qu'irrégulier, désignant suffisamment la mère, prouve la filiation maternelle, et par suite la paternité, par voie de présomption. Si la déclaration de naissance émanait de la mère, elle serait certes compromettante pour l'enfant, puisqu'il en résulterait qu'elle a voulu cacher la naissance de l'enfant. La loi prévoit cette hypothèse, mais elle n'en conclut pas que l'acte de naissance cesse de faire foi; elle donne seulement au mari le droit de désavouer l'enfant; ce qui implique que l'enfant peut invoquer la présomption de paternité, et qu'il ne peut être rejeté de la famille que par le désaveu. Le plus souvent la mère reste étrangère à la déclaration de naissance, et dans ce cas les irrégularités peuvent être attribuées à l'ignorance des comparants, ce qui leur enlève toute gravité. Toujours est-il que, la filiation maternelle étant constante, il y a lieu d'appliquer la présomption de l'article 312 avec toutes ses conséquences. La jurisprudence est en ce sens (2). La cour d'Aix a appliqué ces principes dans un cas où l'acte de naissance portait le nom de la mère désignée comme fille, et ajoutait d'un père inconnu, et la mère avait confirmé ces déclarations dans les conclusions qu'elle avait prises en justice. Cette dernière circonstance témoignait certes contre la légitimité de l'enfant; la cour l'écarta et avec raison, en rappelant la sage

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. III, p. 654, note 10.
(2) Arrêts de la cour de cassation du 19 mai 1840, de Paris du 28 juin 1819 et de Toulouse du 14 juillet 1827 (Dalloz, au mot *Paternité*, n[os] 221, 59 et 116).

maxime de d'Aguesseau, « que les père et mère ne peuvent, par leur déclaration seule, détruire l'état civil de leurs enfants. » Restait donc l'acte de naissance qui établissait la filiation maternelle d'un enfant conçu pendant le mariage; d'où suivait invinciblement la présomption de paternité établie par l'article 312 (1).

La question devient plus délicate quand l'acte de naissance énonce le nom de la mère et le nom d'un père autre que le mari. On oppose dans ce cas à l'enfant un principe traditionnel d'après lequel le titre serait indivisible, en ce sens que s'il constate tout ensemble la maternité et la paternité, l'enfant ne peut pas le diviser en l'invoquant pour établir sa filiation maternelle et en le répudiant pour ce qui concerne sa filiation paternelle. L'acte, dit-on, prouve l'une et l'autre, ou il ne prouve rien; or, s'il prouve l'une et l'autre filiation, il en résulte que l'enfant est adultérin. Il faut se défier de ces maximes banales que l'on veut faire passer pour des principes. Dans l'ancien droit, l'indivisibilité du titre était déjà contestée; d'Aguesseau ne l'admettait pas. Cambacérès essaya de l'introduire dans le code civil, mais sans succès. A vrai dire, ce prétendu principe est contraire à tout principe (2). Le code Napoléon dit que l'aveu est indivisible (art. 1356), et cela se comprend; celui qui s'en prévaut l'invoque comme preuve des faits avoués, il faut donc qu'il prenne les faits tels qu'ils ont été avoués. Mais l'acte de naissance n'est pas un aveu; il constate un fait sur la déclaration de ceux qui en ont été témoins. Et quel est ce fait? Est-ce la paternité et la maternité, considérées comme fait indivisible? Du tout; l'acte de naissance est étranger à la preuve de la paternité; il ne prouve rien que la maternité. Dès lors toute base manque à la théorie de l'indivisibilité du titre. Vainement opposerait-on à l'enfant que l'acte de naissance détruit la présomption de paternité, puisqu'il indique un autre père que le mari de sa mère. L'enfant répondrait, et la réponse serait péremptoire : « Ma filiation mater-

(1) Arrêt d'Aix du 11 janvier 1859 (Dalloz, 1859, 2, 85).
(2) Toullier, *Le droit civil français*, t. II, p. 97, n° 861.

nelle est établie par l'acte de naissance ; donc je puis invoquer la présomption de paternité, et cette présomption ne peut être détruite par une déclaration de l'acte de naissance, elle ne peut l'être que par le désaveu. Quant à la déclaration de paternité qui se trouve dans l'acte, elle tendrait à prouver une filiation adultérine. Or, la loi prohibe cette preuve ; elle interdit donc à l'officier de l'état civil de recevoir la déclaration de filiation adultérine. S'il l'a reçue, elle est nulle et ne peut faire aucune foi. » La jurisprudence est en ce sens, ainsi que la doctrine(1).

Il y a cependant des dissentiments. Demante enseigne que, dans tous les cas que nous venons d'examiner, l'acte de naissance ne prouve ni la *paternité* ni la *maternité*; d'où il conclut que la légitimité de l'enfant pourrait être combattue par tous les intéressés. Il cite l'article 57 qui veut que le nom du père soit énoncé dans l'acte de naissance; si on ne l'a pas fait, dit-il, c'est probablement dans une intention qui dépose contre la légitimité de l'enfant. Nous avons répondu d'avance à ces raisons. Comment un jurisconsulte peut-il dire ou supposer seulement que la paternité est prouvée par l'acte de naissance ? Nous comprenons que les tribunaux s'écartent de la rigueur des principes, parce qu'ils subissent presque nécessairement l'influence des faits. Ce n'est que par cette considération que nous pouvons nous expliquer l'arrêt de la cour de cassation rendu dans la célèbre affaire de Virginie Chady. L'acte de naissance portait que l'enfant était né d'une femme non *libre*, et il indiquait comme père un autre que le mari. Il a été jugé que cet acte ne prouvait pas la filiation maternelle, bien que le mariage de la mère fût constant ; d'où il faudrait conclure que l'acte de naissance ne fait preuve de la maternité que si l'enfant a été inscrit sous le nom de *femme* de sa mère, ce qui l'obligerait à rechercher la maternité par la voie de la preuve testimoniale; mais la loi n'admet la preuve par témoins que lorsqu'il y a un commencement de preuve par écrit, et la cour

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. III, p. 665, note 12 ; Demolombe, t. V, p. 172, n° 197. Arrêts de Paris du 6 janvier 1834 et de Montpellier du 20 mars 1838 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 66, et les arrêts cités au n° 219).

de cassation décida que l'acte de naissance ne pouvait pas être invoqué comme tel (1). La plupart des auteurs critiquent cet arrêt et avec raison. Il suffit de lire l'article 323 pour se convaincre que la cour suprême s'est placée en dehors de la loi. Aux termes de cet article, l'enfant ne doit recourir à la preuve testimoniale pour prouver sa filiation que dans l'un de ces deux cas : 1° lorsqu'*il n'a pas d'acte de naissance*; 2° lorsqu'il a été inscrit *sous de faux noms* ou comme étant né de *père et mère inconnus*. Or, dans l'espèce l'enfant avait un acte de naissance; il n'était pas inscrit sous un faux nom, ni comme né de père et mère inconnus. Donc il n'y avait pas lieu à la preuve testimoniale. L'enfant, ayant un acte de naissance, pouvait invoquer l'article 312, sauf désaveu du mari de sa mère (2).

L'article 323 nous dit quand l'acte de naissance cesse de faire foi; c'est quand l'enfant est inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus. Un pareil acte atteste seulement qu'un enfant est né, il ne fait pas preuve de sa filiation, parce qu'il ne dit rien de sa filiation, ou il la falsifie. Il est cependant possible que cet enfant soit né d'une femme mariée et que partant il soit légitime. La loi lui donne un moyen de prouver sa légitimité, c'est la preuve testimoniale, dont nous parlerons plus loin.

§ II. *De la preuve de l'identité.*

399. Nous avons dit que l'acte de naissance ne prouve pas l'identité. Cela est évident. Lors donc que l'enfant produit un acte de naissance, mais que l'on conteste son identité, il faut qu'il prouve qu'il est le même enfant dont telle femme est accouchée et dont l'acte de naissance établit l'accouchement. Comment fera-t-il cette preuve? On répond d'ordinaire, par la possesion d'état, mais en ajou-

(1) Arrêt du 22 janvier 1811 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 220).
(2) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Paternité*, nos 220 et 221. Duranton, t. III, p. 112 et suiv., nos 116-120).

tant que la possession ne doit pas avoir tous les caractères exigés par l'article 321 (1). Il est certain que l'on ne peut pas exiger que l'enfant prouve son identité par la possession d'état, telle qu'elle est définie par la loi. Une pareille possession prouve à elle seule la filiation paternelle et maternelle ; tandis que, dans l'espèce, il s'agit seulement d'établir que l'acte de naissance appartient à l'enfant qui s'en prévaut. Les auteurs ont donc raison de dire que la possession invoquée par l'enfant pour prouver son identité ne doit pas avoir les caractères que le code civil énumère dans l'article 321. Mais alors il n'est pas exact de dire que l'identité est établie par la possession d'état. Un enfant, dit-on, est élevé loin de ses parents, dans le lieu où a été dressé son acte de naissance, lequel désigne une femme mariée comme étant sa mère; cet enfant est connu publiquement pour être celui qui est dénommé dans l'acte (2). Est-ce là une possession d'état, même limitée? Non, certes, puisque le principal caractère de la possession d'état lui fait défaut; on suppose en effet qu'élevé loin de ses parents, il n'a pas été traité comme leur enfant dans la famille. En définitive, ce n'est pas une possession d'état; ce sont des témoignages qui établissent que l'enfant indiqué dans un acte de naissance est le même que celui qui allègue cet acte pour établir sa filiation.

Cette preuve se fait par témoins. On le décidait ainsi dans l'ancien droit, et telle est aussi la doctrine et la jurisprudence sous l'empire du code Napoléon. C'est l'application des principes qui régissent la preuve testimoniale. Les faits purs et simples, faits matériels qui par eux-mêmes ne produisent ni droit ni obligation, se prouvent par témoins. Tels sont les faits qui établissent l'identité de l'enfant. Vainement dirait-on que l'identité pouvant, à la rigueur, se prouver par écrit, c'est-à-dire par un certificat délivré soit par l'autorité locale, soit par un notaire, il en résulte que la preuve testimoniale n'est pas admissible; nous répondrons avec Cochin, dans un de ses lumineux

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, p. 122, n° 123.
(2) Valette sur Proudhon, *Traité de l'état des personnes*, t. II, p. 79.

plaidoyers : « Un enfant, à quelque âge qu'il soit, ne va pas se représenter de temps en temps devant des officiers publics pour vérifier qu'il est toujours le même enfant; c'est donc une nécessité absolue de recourir sur ce point de fait à la preuve testimoniale (1). »

400. L'enfant ne sera-t-il admis à la preuve testimoniale que sous les conditions déterminées par l'article 323? Cet article porte que l'enfant qui demande à prouver sa filiation par témoins ne sera admis à cette preuve que lorsqu'il y a commencement de preuve par écrit, ou lorsque les présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants sont assez graves pour déterminer l'admission. La jurisprudence applique généralement l'article 323 au cas où l'enfant, porteur d'un acte de naissance, veut faire la preuve de son identité par témoins (2). Nous n'hésitons pas à dire que c'est une erreur, et telle est aussi l'opinion de tous les auteurs (3). La jurisprudence confond la preuve de l'identité avec la preuve de la filiation. Que doit prouver l'enfant qui veut établir sa filiation par témoins? Il doit prouver que la femme dont il se prétend issu est accouchée et que lui est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée (art. 341). L'enfant a donc deux faits à établir dans le cas de l'article 323, l'accouchement de la femme qu'il réclame pour sa mère et son identité à lui. Or, quand l'enfant produit un acte de naissance, le premier fait est établi par l'acte; reste seulement à prouver son identité. On comprend que le législateur se soit montré plus sévère quand il s'agit de faire la preuve complète de la filiation par témoins, que lorsqu'il s'agit seulement de prouver par témoins l'un des faits qui constituent la filiation, c'est-à-dire l'identité. Que fait donc la jurisprudence quand elle étend la disposition de l'article 323

(1) Cochin, Plaidoyer CVII (Œuvres, t. IV, p. 486). Arrêt de Bruxelles du 9 juillet 1821 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 228). C'est la doctrine unanime des auteurs (Dalloz, *ibid.*).

(2) Arrêts de la cour de cassation du 27 janvier 1818, de Paris du 13 floréal an XIII, de Bordeaux du 25 août 1825 (Dalloz, au mot *Paternité*, n°s 229 et 230).

(3) Valette sur Proudhon, t. II, p. 79 et suiv. Demolombe, t. V, p. 183, n° 203. Dalloz, au mot *Paternité*, n° 231.

au cas prévu par l'article 319? Elle fait la loi; on n'a qu'à lire l'arrêt de la cour de cassation de 1818 pour s'en convaincre. Elle dit que la preuve testimoniale est autorisée, *en matière de réclamation d'état*, lorsqu'il existe un commencement de preuve. La cour généralise, comme on voit, l'article 323, tandis que c'est une disposition spéciale; l'interprète n'a pas ce droit-là.

On fait une objection contre la doctrine que les auteurs enseignent. Nous supposons que l'enfant produit un acte de naissance, et nous disons que ce titre établit l'accouchement de la femme qu'il réclame pour sa mère. Il n'en est rien, dit-on; car ce titre est contesté, il est encore douteux que l'enfant puisse s'en prévaloir, puisqu'on ignore s'il lui appartient. Donc on est réellement dans le cas de l'article 323 : il y a *défaut de titre* et de possession constante. L'objection n'est pas sérieuse; elle ne tend à rien moins qu'à annuler le titre. Il y a un acte de naissance, dès lors il est prouvé que la femme qui y est désignée est accouchée d'un enfant. Cela n'est pas contesté par les adversaires de l'enfant; qu'est-ce qu'ils lui contestent? Ils nient que lui soit l'enfant dont cette femme est accouchée; ils ne nient donc pas le titre, ils nient l'identité. S'ils ne nient pas le titre, il y a donc un titre, et par conséquent nous ne sommes pas dans le cas prévu par l'article 323.

401. Sans doute, il n'est pas sans danger de permettre la preuve testimoniale, ne fût-ce que pour établir l'identité. A la rigueur, un aventurier peut s'en prévaloir pour entrer dans une famille à laquelle il est étranger. Mais le danger n'est pas aussi grand quand la preuve testimoniale est invoquée pour prouver l'identité que lorsqu'elle doit servir à prouver la filiation. Dans l'espèce, il y a un acte de naissance, donc il y a un enfant; les père et mère ou les autres parents doivent savoir ce que cet enfant est devenu. Vit-il encore, dans ce cas la réclamation d'état que ferait un premier venu d'une filiation qui ne lui appartient pas serait facilement écartée. Est-il mort, le défendeur doit prouver le décès, et s'il est prouvé que l'enfant dont on produit l'acte de naissance est décédé, il est évident que cet acte ne peut plus servir pour établir la filiation de celui qui a

intenté l'action en réclamation d'état. Mais ici se présente une nouvelle difficulté. Celui qui agit en réclamation d'état, en produisant un acte de naissance et à qui l'on oppose un acte de décès, peut il prouver que cet acte est faux? Un arrêt de la cour de Toulouse a rejeté l'inscription de faux par la raison qu'elle serait inutile, quand même on l'admettrait (1). La cour part du principe consacré par la jurisprudence, que l'identité ne peut pas se prouver par témoins, à moins qu'il n'y ait un commencement de preuve par écrit. Dans ce système, il est évident que l'inscription de faux serait frustratoire; car en supposant même que l'enfant vive encore, le demandeur n'aurait pas le droit de prouver que lui est cet enfant, parce qu'il n'a pas de commencement de preuve. Mais si l'on admet la doctrine que nous venons d'exposer, il faut permettre à celui qui attaque l'acte de décès de s'inscrire en faux. En effet, si l'acte de décès est déclaré faux, il reste l'acte de naissance qui prouve l'accouchement, et l'identité pourra être établie par la preuve testimoniale.

402. Dans l'espèce jugée par la cour de Toulouse, l'enfant qui produisait l'acte de naissance avait une possession d'état contraire à son titre. Cette circonstance complique la difficulté, en ce sens que le danger que présente la preuve testimoniale augmente; or, n'est-ce pas à raison de ce danger que l'article 323 exige que la preuve testimoniale soit appuyée d'un commencement de preuve? S'il s'agissait de faire la loi, on pourrait soutenir ce système; mais il s'agit de l'interpréter; or, nous ne voyons ni texte ni principe qui défende à l'enfant d'invoquer l'acte de naissance, alors qu'il a une possession d'état contraire à ce titre. Ce n'est qu'à défaut d'un acte de naissance que la possession d'état prouve la filiation (art. 320). Donc quand il y a un titre, il n'y a plus lieu à invoquer la possession d'état. Le titre prouve qu'une femme est accouchée, et par conséquent qu'il y a un enfant. Reste à faire la preuve de l'identité; elle sera plus difficile à fournir quand l'en-

(1) Arrêt de Toulouse du 7 juillet 1818 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 230, 1°), et la critique de Dalloz, n° 232.

fant a une possession d'état contraire à ses prétentions. Cette difficulté aurait pu engager le législateur à ne pas admettre la preuve par témoins sans un commencement de preuve. Mais il ne l'a pas fait, et ce n'est pas à l'interprète à combler la lacune, si lacune il y a (1).

SECTION II. — De la possession d'état.

403. L'article 321 définit la possession d'état. « Elle s'établit par une réunion suffisante de faits qui indiquent le rapport de filiation et de parenté entre un individu et la famille à laquelle il prétend appartenir. » La loi ajoute : « Les principaux de ces faits sont que l'individu a toujours porté le *nom* du père auquel il prétend appartenir; que le père l'a *traité* comme son enfant, et a pourvu, en cette qualité, à son éducation, à son entretien et à son établissement ; qu'il a été *reconnu* constamment pour tel dans la société; qu'il a été *reconnu* pour tel par la famille. » C'est ce que, dans le langage de l'école, on appelle *nomen, tractatus, fama.* On demande si tous les faits énumérés par la loi doivent concourir; on demande encore si l'enfant n'en peut pas alléguer d'autres. Le texte et l'esprit de la loi ne laissent aucun doute sur ces questions. L'article 321 dit qu'il faut une réunion *suffisante* de faits, puis il indique les principaux de ces faits. Donc il n'y a aucune restriction, aucune limitation dans les termes de la loi. La possession d'état, dit Bigot-Préameneu, peut se composer de faits si nombreux et si variés, que leur énumération eût été impossible. « Par la même raison, continue l'orateur du gouvernement, la loi n'exige pas que tous ces faits concourent. L'objet est de prouver que l'enfant a été reconnu et traité comme légitime : il n'importe que la preuve résulte de faits plus ou moins nombreux, il suffit qu'elle soit certaine (2). »

Le texte du projet, tel qu'il fut d'abord arrêté par le

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. III, p. 653 et note 3.
(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 19 (Locré, t. III, p. 89).

conseil d'Etat, pouvait laisser quelque doute sur la question de savoir s'il fallait la réunion complète des faits relatés dans l'article. C'est pour lever ce doute que la rédaction actuelle fut adoptée, sur la proposition du Tribunat (1). Le Tribunat demanda que les faits énumérés par la loi fussent seulement considérés comme des exemples, qui seraient un guide pour le juge sans le lier. Il était impossible, dans cette matière, de tout préciser d'avance; car la possession est essentiellement une question de fait, et les faits varient d'un cas à un autre, par suite de la diversité infinie des relations individuelles et sociales (2).

Les juges ont donc un pouvoir d'appréciation qui résulte de la nature même de la preuve ; mais ce pouvoir ne doit pas être exercé d'une façon arbitraire. Il s'agit de l'état des hommes, c'est-à-dire de ce qu'ils ont de plus important dans la vie civile. Dès lors, dit la cour de cassation, les magistrats ne sauraient être trop circonspects sur la nature et la qualité des preuves qu'ils admettent comme établissant la possession d'état; il est de leur droit de ne reconnaître cette possession qu'autant qu'elle est publique et non contestée par les ascendants (3). La publicité, il est vrai, n'est pas exigée formellement par le texte du code, mais tous les faits qu'il indique ont un caractère public, et la possession, en général, n'est prise en considération par le législateur que lorsqu'elle est publique.

La preuve de la possession d'état variant d'une espèce à l'autre, les arrêts ne peuvent guère servir de préjugés en cette matière. Nous nous bornerons à citer un exemple. Il a été jugé par la cour de Metz que le fait d'avoir porté le nom du père auquel l'enfant prétend appartenir, et le fait d'avoir été reconnu pour légitime dans la société ne suffisent pas pour qu'il y ait possession d'état. La décision fut confirmée par la cour de cassation (4).

(1) Observations de la section de législation du Tribunat, n° 11 (Locré, t. III, p. 78).
(2) Lahary, Rapport au Tribunat, n° 21 (Locré, t. III, p. 110). Duveyrier, Discours, n° 25 (Locré, t. III, p. 130).
(3) Arrêt du 8 janvier 1806 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 331).
(4) Arrêt du 25 août 1812 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 239, 2°).

404. En quoi consiste la preuve de la possession d'état? Elle diffère essentiellement de la preuve littérale et de la preuve testimoniale. L'acte de naissance, si l'identité est constante, prouve la filiation maternelle, c'est-à-dire le fait que telle femme est accouchée de l'enfant qui réclame son état; la filiation paternelle en résulte par voie de conséquence, puisque, le mariage étant établi, l'enfant aura pour père le mari de sa mère. Ainsi la preuve littérale implique celle de l'accouchement et, s'il y a lieu, de l'identité. Il en est de même de la preuve testimoniale; les témoins doivent déposer que la femme réclamée par l'enfant comme sa mère est accouchée, et que l'enfant qui intente l'action est celui dont elle est accouchée. L'enfant qui allègue la possession d'état doit-il aussi prouver l'accouchement de la femme qu'il dit être sa mère, et son identité? On l'a prétendu; la cour de Toulouse a rejeté cette prétention, qui est contraire au texte et en opposition avec la nature même de la possession d'état (1). Le code civil énumère les faits principaux que l'enfant doit prouver; parmi ces faits ne se trouvent ni l'accouchement ni l'identité. Comme le dit la cour de Toulouse, la possession d'état implique qu'il y a accouchement, et elle est la preuve la plus certaine de l'identité. Conçoit-on qu'un enfant ait toujours porté le nom de ses père et mère, qu'il ait toujours été traité par eux comme leur enfant, qu'il ait été reconnu comme tel dans la famille et dans la société, et qu'il n'y ait pas eu d'accouchement? L'accouchement est donc prouvé par cela seul qu'il y a possession d'état; dès lors il eût été illogique d'exiger une preuve distincte de ce fait.

La possession d'état diffère encore sous un autre rapport de la preuve littérale et de la preuve testimoniale. Quand l'enfant produit un acte de naissance, il ne prouve directement que la filiation maternelle; il n'a pas sa filiation paternelle à prouver, celle-ci résulte, par voie de présomption, du mariage et de la naissance de l'enfant pendant le mariage. La preuve testimoniale aussi ne con-

(1) Arrêt du 4 juin 1842 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 248).

cerne que la filiation maternelle, elle est étrangère à la paternité. Il n'en est pas de même de la possession d'état. Chose remarquable, l'article 321 ne parle même pas de la mère; il veut que l'enfant prouve qu'il a toujours porté le nom du *père* auquel il prétend appartenir, et que le *père* l'a traité comme son enfant. Cela se comprend. Quant au nom, c'est naturellement le nom de son père que l'enfant doit porter, puisqu'il s'agit d'un enfant légitime. C'est encore le père qui pourvoit à l'entretien, à l'éducation et à l'établissement de l'enfant. Est-ce à dire que l'enfant ne doit pas prouver la possession d'état à l'égard de sa mère? Cela serait absurde. Car l'enfant veut prouver qu'il est enfant légitime, donc enfant de telle femme mariée à tel homme. Cette preuve est complexe par sa nature, elle embrasse la filiation paternelle et maternelle; il est même impossible de les séparer : les deux preuves ne peuvent pas se diviser, pas plus que la filiation ne se divise. S'il en est autrement dans la preuve littérale et dans la preuve testimoniale, c'est que ces preuves portent directement sur l'accouchement de la mère, tandis que la possession d'état implique l'accouchement. La nature complexe de la preuve que l'enfant a à faire résulte de la définition même de la possession d'état; il doit, dit l'article 321, établir le rapport de *filiation* qui existe entre lui et la *famille* à laquelle il prétend appartenir; la loi ne dit pas le *père*, elle ne dit pas la *mère*, elle dit la *famille* (1). Cela décide la question; et l'on s'étonne de la voir controversée.

On prétend que les effets de la possession d'état sont parfaitement divisibles. Une femme, dit-on, peut, en l'absence et à l'insu de son mari, traiter un enfant comme son fils légitime (2). Sans doute, mais résultera-t-il de là qu'il y a possession d'état? Non, d'après le texte même de la loi; en effet, l'enfant n'a pas établi le lien de filiation qui existe entre lui et la *famille* à laquelle il prétend appartenir. A quoi lui servira donc cette preuve? C'est un aveu de la mère, soit. Mais à quoi cet aveu serait-il bon?

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. III, p. 657, n° 15.
(2) Bonnier, *Traité des preuves*, n°s 128 et 141. Ducaurroy, Bonnier et Roustain, *Commentaire du code civil*, t. Ier, p. 312, n° 456.

A rien, car l'aveu de la mère n'est pas une preuve de la filiation, pas même de la filiation maternelle. Sur ce dernier point, il y a un arrêt contraire de la cour de Toulouse qui semble décider que la possession d'état, prouvée à l'égard de la mère, entraîne, par voie de présomption, la preuve de la paternité (1). Cela est inadmissible. La loi ne reconnaît cet effet qu'à l'acte de naissance et, dans de certaines limites, à la preuve testimoniale. Quant à la possession d'état, si elle est réelle, c'est-à-dire si elle réunit les caractères déterminés par la loi, elle fait preuve complète de la filiation paternelle et maternelle. Que si elle est incomplète, elle ne prouve rien et n'a aucun effet (2).

Il n'y a qu'un cas dans lequel la possession d'état puisse se diviser : c'est quand le père meurt avant la naissance de l'enfant; il est impossible de prouver des faits posés par un père qui n'existe plus; pas plus qu'on ne peut établir des faits de possession à l'égard de la mère quand elle meurt en couches (3).

405. Comment se fait la preuve de la possession d'état? Par témoins; il n'y a pas de doute sur ce point, puisque la possession se compose de faits matériels qui par eux-mêmes ne produisent ni droit, ni obligation. D'après les principes généraux, la preuve testimoniale est donc admissible sans commencement de preuve par écrit. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord. Pour mieux dire, il ne peut pas même y avoir de question. Il en résulte cependant, à première vue, une contradiction entre l'article 321 et l'article 323. La loi n'admet la preuve testimoniale que lorsqu'il existe un commencement de preuve, tandis que la possession d'état se prouve par témoins sans qu'il y ait un commencement de preuve par écrit, ni indices, ni présomptions. La différence s'explique. Quand l'enfant recourt à la preuve testimoniale, il n'a pas de titre, il n'a pas de possession d'état, toutes les probabilités sont contre lui; dès lors la loi devait craindre les faux

(1) Arrêt du 4 juin 1842 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 248, et la critique de Dalloz, n° 249).
(2) Demolombe, t. V, p. 192, n° 211. Marcadé, t. II, p. 24, art. 321, n° II.
(3) Valette, *Explication sommaire du livre Ier du code civil*, p. 177.

témoignages, et par conséquent écarter ce danger, en exigeant un commencement de preuve. La possession d'état n'offre pas ce danger. Comme l'a dit l'orateur du gouvernement, il n'y a pas de preuve plus certaine de la filiation que la possession d'état (1). C'est une suite de faits extérieurs et notoires qui impliquent l'aveu de tous ceux qui seraient intéressés à repousser l'enfant, s'il n'était pas légitime. Les faits qui constituent la possession étant publics, on conçoit difficilement le faux témoignage; il faudrait que tous ceux qui sont en position de connaître les faits se concertassent pour mentir à la justice.

Il y a encore une autre garantie contre les faux témoignages dans le caractère des faits que l'enfant doit prouver. L'article 319 veut que la possession soit *constante;* l'article 321 exige que l'enfant ait *toujours* porté le nom du père auquel il prétend appartenir; que le père l'ait traité comme son enfant, la loi n'ajoute pas *toujours* ni *constamment,* mais elle le prescrit implicitement, en disant que le père doit avoir pourvu à l'*entretien* de l'enfant, à son *éducation,* à son *établissement,* ce qui embrasse toute la vie de l'enfant, depuis sa naissance jusqu'au moment où il quitte sa famille pour fonder une famille nouvelle. Enfin il faut que l'enfant ait été reconnu *constamment* dans la société comme appartenant à la famille qu'il réclame comme la sienne. Le texte exige donc une possession continue, non interrompue, à partir de la naissance jusqu'à l'établissement de l'enfant. Si la possession d'état ne remontait pas à la naissance de l'enfant, elle ne ferait pas preuve de sa filiation. Les premières années surtout sont décisives, parce que les faits sont alors l'expression de la réalité, et en quelque sorte le cri de la nature. Si la possession commence plus tard, il y a danger de fraude : on peut craindre que les parents ne traitent comme le leur un enfant qui leur est étranger. Il faut aussi que la possession d'état ait continué, la loi elle-même l'exige, en principe, jusqu'au moment où l'enfant est établi. Tant que

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 19 (Locré, t. III, p. 89). Sur la jurispruence et la doctrine, voyez Dalloz, au mot *Paternité,* n° 251.

l'enfant n'est pas établi, ce qui en général implique sa minorité, on ne conçoit guère l'interruption dans son état; il doit habiter avec son père. S'il est placé dans une pension ou chez un maître, c'est par la volonté du père; il y a donc nécessairement des faits de possession ; l'interruption ne pourrait arriver que dans des circonstances exceptionnelles, et dans ce cas l'enfant devrait la motiver et la justifier (1).

406. Aux termes de l'article 253 du code de procédure, le tribunal peut ordonner l'enquête si les faits sont admissibles; ce qui donne au juge un pouvoir discrétionnaire en matière de preuve testimoniale; il peut l'admettre ou la refuser, dit la cour de cassation, le législateur s'en rapporte à sa conscience (2). Si les faits articulés par l'enfant sont de telle nature qu'ils ne prouveraient pas la filiation, quand même ils seraient établis, l'enquête serait frustratoire. D'un autre côté, le juge peut trouver dans les documents du procès des preuves suffisantes pour décider le débat, soit pour, soit contre l'enfant ; dans ce cas encore, il est inutile de procéder à une enquête. La possession d'état s'établit, il est vrai, en règle générale, par témoins, mais il se peut qu'elle résulte des écrits produits par le demandeur; ou les écrits produits par le défendeur peuvent prouver que l'enfant n'a pas la filiation qu'il réclame. Voilà pourquoi l'admission de la preuve testimoniale doit être facultative.

407. Quand y a-t-il lieu de prouver la filiation par la possession d'état? L'article 319 répond : « A défaut de titre, » c'est-à-dire quand il n'y a pas d'acte de naissance inscrit sur les registres de l'état civil. Il n'y a pas à distinguer les causes pour lesquelles il n'y a pas de titre. Le projet présenté au conseil d'Etat par la section de législation portait : « Si les registres sont perdus, ou s'il n'en a point été tenu, la possession constante de l'état d'enfant légitime suffit. » C'était limiter l'admission de la possession d'état au cas prévu par l'article 46; or, dans ce cas,

(1) Comparez Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 190, n° 210.
(2) Arrêt du 19 mai 1830 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 252).

le code admet la preuve testimoniale, même sans commencement de preuve; c'eût donc été donner à l'enfant un droit dont à la rigueur il pouvait se passer, et le lui refuser dans tous les autres cas où il n'a pas d'acte de naissance, sans que l'on puisse jamais lui imputer le défaut de titre. En principe, quelle que soit la cause pour laquelle l'enfant n'a point de titre, la loi doit lui permettre de se prévaloir de la possession d'état. C'est ce que marque la rédaction nouvelle (1). De là suit que l'enfant n'a pas même besoin d'indiquer la cause pour laquelle il n'a point de titre; il suffit qu'il n'en ait pas pour que la preuve par la possession d'état soit admissible (2).

Mais ce n'est qu'à défaut de titre que la possession d'état est admise comme preuve de la filiation des enfants légitimes. S'il y a un acte de naissance, c'est ce titre qui décide, car il est la preuve par excellence de la filiation. Nous venons de dire que ce titre fait foi en faveur de l'enfant, alors même qu'il serait contredit par la possession d'état. Mais aussi l'enfant ne peut invoquer la possession d'état contre son titre. On lui opposerait l'article 320 qui dit formellement que c'est à défaut de titre que la possession d'état suffit. Sauf à l'enfant à soutenir qu'il a été inscrit sous de faux noms; c'est le cas prévu par l'article 323. En ce cas, il sera admis à faire la preuve de sa filiation par témoins, mais sous la condition qu'il y ait un commencement de preuve résultant d'indices ou de présomptions. Il en serait de même si l'enfant avait été inscrit comme né de père et mère inconnus; s'il avait la possession d'enfant légitime, il ne pourrait pas s'en prévaloir, toujours par application du principe posé par l'article 320; mais il serait admis à prouver sa filiation par témoins, sous la condition d'un commencement de preuve (art. 323). Le système du code est fondé en raison. Quand l'enfant a une possession d'état contraire à la filiation que lui donne son acte de naissance, la possession perd toute autorité; si l'enfant appartenait réellement à ceux dont il porte le

(1) Séance du conseil d'Etat du 16 brumaire an VI, n° 7 (Locré, t. III, p. 38).

(2) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. III, p. 656 et note 13.

nom, et qui le traitent comme tel, l'auraient-ils inscrit sous de faux noms, ou comme né de père et mère inconnus? Non, certes. Il faut donc croire que cet enfant a une autre filiation que celle que lui donne sa possession d'état. La loi devait l'admettre à faire la preuve de sa vraie filiation, mais avec des garanties qui préviennent le danger des faux témoignages.

408. Quand la possession d'état est établie, elle prouve la filiation, mais elle ne prouve pas la légitimité. Nous disons qu'elle prouve la filiation d'une manière absolue, c'est-à-dire la filiation paternelle et maternelle. Cette preuve ne pourrait pas être combattue par le désaveu, car elle implique l'aveu du mari de la mère, l'un des éléments de la possession étant que le père ait traité l'enfant comme sien. C'est une différence remarquable entre la possession d'état et l'acte de naissance ainsi que la preuve testimoniale. Lorsque l'enfant prouve sa filiation par l'acte de naissance, le père peut le désavouer, et si c'est par témoins, il peut prouver, par tout moyen légal de preuve, qu'il n'est pas le père de l'enfant. Sans doute, lorsque l'enfant allègue la possession d'état, le mari peut combattre ses prétentions dans le cours du débat; il peut nier qu'il y ait possession, il peut opposer à l'enfant une fin de non-recevoir en produisant un acte de naissance, puisqu'il n'y a lieu à la possession d'état qu'à défaut de titre. De même, les père et mère pourraient prouver qu'ils n'ont jamais eu d'enfant, ou que l'enfant qu'ils ont eu est mort. Dans tous ces cas, il n'y a pas de possession d'état, partant pas de filiation. Mais une fois la possession d'état admise, elle ne peut plus être combattue, pas même par le désaveu, puisqu'elle implique que le père a avoué l'enfant comme sien (1).

Il y a encore cette différence entre la possession d'état et l'acte de naissance, que la possession prouve l'identité, tandis que l'acte ne prouve que l'accouchement. Le fait de l'identité ne peut pas être séparé, dans ce cas, de l'accouchement, car la preuve ne porte pas directement sur

(1) Les auteurs sont unanimes sur tous ces points. Nous nous bornons à citer le plus récent, M. Demolombe, t. V, p. 197, n° 216.

la grossesse et la naissance, elle embrasse un ensemble de faits, comme le dit l'article 321, et ces faits impliquent l'identité dont la possession d'état est la preuve par excellence.

La possession d'état fait donc preuve complète de la filiation. Mais elle suppose, comme toutes les preuves de la filiation légitime, qu'il y a mariage. Si donc les adversaires de l'enfant nient que ses prétendus père et mère aient été mariés, il n'y aura pas de possession d'état; pour mieux dire, l'enfant devra produire l'acte de célébration du mariage de ses père et mère, sinon il ne sera pas reçu à faire la preuve de sa filiation par possession d'état. Il n'y aurait d'exception que dans le cas prévu par l'article 197, dont nous allons parler (1). De là suit que s'il y a eu mariage, mais s'il est annulé, l'enfant ne peut pas invoquer la possession d'état, puisque le mariage annulé est considéré comme n'ayant jamais existé. Il aurait exception en cas de mariage putatif (2).

409. La possession d'état ne prouve pas la légitimité. Si l'enfant qui a prouvé sa filiation par la possession d'état est légitime, c'est parce que le mariage est constant; la possession isolée ne prouve pas la légitimité, pas plus que l'acte de naissance. Il y a cependant un cas dans lequel l'enfant est admis à prouver le mariage, et partant sa légitimité, par la possession d'état. Quand les père et mère sont décédés, l'enfant qui a la possession d'état peut encore prouver le mariage de ses père et mère par la possession, c'est-à-dire prouver qu'ils ont vécu publiquement comme mari et femme. Le mariage et la filiation sont, en ce cas, prouvés par la possession d'état, donc la filiation légitime. Mais pour qu'il en soit ainsi, il faut que l'enfant prouve les deux possessions d'état exigées par l'article 197, celle de ses père et mère et la sienne. La cour de Bastia avait décidé que la possession d'état des père et mère résultait implicitement de la possession d'état d'enfant légitime. Il est vrai qu'il y a une liaison intime entre les deux posses-

(1) Arrêt de la cour de cassation du 19 juin 1867 (Dalloz, 1867, 1, 343).
(2) Arrêt de Paris du 1er juillet 1861 (Dalloz, 1861, 2, 148).

sions d'état, car l'enfant doit prouver qu'il appartient à la famille qu'il réclame comme sienne, ce qui implique le mariage, parce qu'il n'y a de famille que par le mariage. Mais l'article 197 ne se contente pas de cette preuve implicite : lorsque l'acte de célébration du mariage n'est pas représenté, la preuve littérale doit être remplacée par celle de la possession d'état; cette preuve doit se faire d'une manière directe et indépendante de celle qui tend à prouver la filiation. C'est ce que la cour de cassation a décidé en cassant l'arrêt de la cour de Bastia (1).

L'on s'est demandé pourquoi la loi permet à l'enfant de prouver sa légitimité, ou au moins sa filiation par la possession d'état, tandis qu'elle n'admet pas les époux à faire la preuve de la célébration de leur mariage par la possession d'état. Nous avons dit, ici même (n° 1), pourquoi la loi ne pouvait autoriser les époux à prouver leur mariage par la possession d'état; ces raisons ne reçoivent pas d'application aux enfants (n° 8) en ce qui concerne le mariage, et encore moins en ce qui concerne la filiation. Les prétendus époux ne peuvent pas, en se créant une possession d'état, faire qu'il y ait eu mariage alors qu'aucun mariage n'a été célébré. Mais quand les enfants demandent à prouver leur filiation par la possession d'état, on ne peut pas leur dire que cette possession est leur œuvre : c'est au contraire l'œuvre de ceux qui auraient intérêt à contester leur filiation, puisque c'est l'œuvre de toute la famille, la reconnaissance par la famille étant une des conditions requises pour que l'enfant puisse invoquer la possession d'état (art. 321).

410. La possession d'état est admise comme preuve de la filiation à défaut de titre. D'ordinaire elle accompagne le titre et en est en quelque sorte la manifestation, comme la possession est la manifestation du droit de propriété. Quand la possession et le titre concourent, l'état qui en résulte devient inattaquable; c'est ce que dit l'article 322 en ces termes : « Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et

(1) Arrêt du 19 juin 1867 (Dalloz, 1867, 1, 342).

la possession conforme à ce titre. Et réciproquement, nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance. » Cette disposition n'est pas établie en faveur de l'enfant, puisqu'elle peut aussi être invoquée contre lui : elle a pour objet d'assurer le repos des familles, en écartant les questions d'état qui y jettent toujours le trouble, alors que toutes les probabilités sont que l'état établi par un titre et par une possession conforme est l'expression de la vérité.

Ce principe a été emprunté à Cochin, qui l'établit dans un de ses lumineux plaidoyers. Cochin va jusqu'à dire que celui qui attaquerait un état prouvé par un acte de naissance et une possession conforme serait un imposteur. C'est aller trop loin. Sans doute quand deux preuves, dont chacune isolément constate l'état d'une personne, concourent, il en résulte une certitude telle, qu'elle s'identifie presque avec la vérité. Toutefois de même que chacune de ces preuves, isolée, ne produit pas la certitude absolue, réunies, elles peuvent encore être en opposition avec la réalité des choses. Cochin lui-même rapporte un cas où la preuve contraire à l'état attesté par un acte de naissance conforme à la possession fut écartée, et il avoue que toutes les probabilités étaient pour l'enfant. Que dis-je? Les témoins que le premier juge avait permis d'entendre déposaient de son état d'une manière si claire et si précise, qu'on ne pouvait se refuser à l'évidence de l'état qu'il réclamait, si un pareil genre de preuve avait pu être admis; la preuve testimoniale se trouvait même confirmée par des lettres émanées de la femme que l'enfant disait être sa mère; mais, ajoute le célèbre avocat, tout cela ne put l'emporter sur l'austérité des règles, et par un arrêt solennel, la sentence qui avait ordonné la preuve fut infirmée (1).

Cet arrêt nous apprend les raisons pour lesquelles l'article 322 déclare inattaquable l'état qui est établi par un acte de naissance et une possession conforme. Ce n'est pas seulement la force de la preuve résultant du concours

(1) Cochin, Plaidoyer CII (Œuvres, t. IV, p. 345 et suiv., et 355).

du titre et de la possession; c'est aussi l'incertitude de la preuve testimoniale; car ce n'est que par la preuve testimoniale que l'on pourrait démontrer que l'état est faux, quoique établi par une double preuve. On aurait pu, il est vrai, exiger un commencement de preuve par écrit, mais la question aurait toujours été décidée, en définitive, par des témoignages, ce qui aboutissait à préférer à deux preuves sûres une troisième preuve très-chanceuse.

411. Du principe que l'état est inattaquable, suit que l'on ne pourrait pas même s'inscrire en faux contre l'acte de naissance. Cela paraît injuste au premier abord, car si l'acte est faux, le concours des deux preuves n'existe plus, la possession d'état elle-même devient mensongère, et cependant le faux confirmé par un mensonge sera considéré comme l'expression de la vérité! On présente à l'officier de l'état civil un enfant comme étant né de tel homme marié à telle femme; l'enfant est élevé par ses prétendus père et mère, il a une possession d'état conforme à son titre, et cependant ce titre peut être un faux. Pourquoi ne pas permettre que l'on en prouve la fausseté? Le texte de la loi est absolu, il ne permet pas d'attaquer l'état fondé sur cette double preuve, sans distinguer entre l'inscription de faux et les autres preuves; et l'esprit de la loi est en harmonie avec son texte. On a voulu éviter le danger d'une preuve testimoniale, qui viendrait troubler les familles, alors qu'elles se croiraient à l'abri d'un titre confirmé par la possession; or, l'inscription de faux se prouve par témoins, dès lors elle devait être rejetée. C'est l'avis de tous les auteurs (1). Il peut résulter de là que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, la fiction l'emporte sur la réalité. C'est certes un mal, mais c'eût été un mal plus grand d'admettre la preuve contraire au titre réuni à la possession d'état; car c'eût été exposer les familles à être envahies par un aventurier, ou du moins à être troublées par une action téméraire, qui n'a peut-être d'autre but que de mettre à contribution une famille honorable.

(1) Duranton, t. III, p. 131, n° 133. Demolombe, t. V, p. 204, n° 226.

Il y a une hypothèse dans laquelle la question est douteuse. On suppose que l'acte de naissance, tel qu'il avait été reçu, contredisait la possession d'état, et que c'est pour la confirmer par un titre mensonger que l'acte a été falsifié. On enseigne que dans ce cas l'inscription en faux est admissible. Demante dit que l'article 322 ne peut plus recevoir d'application, car il suppose un acte de naissance conforme à la possession; or, si l'acte a été falsifié, cette conformité n'existe plus (1). N'est-ce pas décider la question par la question? La conformité existera si le titre n'a pas été falsifié, elle cessera s'il y a eu falsification. Reste à savoir si l'on peut prouver la falsification. Si les termes absolus de la loi s'opposent à la preuve du faux, ils s'opposent également à la preuve de la falsification. Dans l'un et l'autre cas, on introduit dans le texte une distinction que ses termes généraux repoussent et qui est en opposition avec l'esprit de la loi. C'est la preuve testimoniale que l'article 322 repousse : serait-il plus difficile de trouver de faux témoins pour attester la falsification que pour attester le faux?

412. L'application de l'article 322 donne lieu à une autre difficulté en ce qui concerne l'identité. Est-on admis à prouver que l'enfant qui invoque la possession d'état, confirmée par l'acte de naissance, n'est pas le même que celui dont la femme qu'il réclame comme mère est accouchée? Les auteurs distinguent. Si un enfant a été substitué avant la rédaction de l'acte de naissance à celui dont une femme est accouchée, alors ils n'admettent pas la preuve du défaut d'identité, car alors l'enfant a réellement un titre conforme à sa possession, puisque c'est pour lui que ce titre a été rédigé. Mais si la substitution a été faite postérieurement à l'acte de naissance, on ne peut plus dire que le titre et la possession sont conformes, parce que le titre n'appartient réellement pas à l'enfant qui a la possession (2). Cela nous paraît très-douteux. La question est

(1) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 46, n° 48 *bis* III, suivi par Demolombe, t. V, n° 225, et par Bonnier, *Traité des preuves*, n° 136.
(2) Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 85 et suiv., n° 48 *bis* I et II. Demolombe, t. V, p. 202, n°s 222-224.

précisément de savoir si l'on est admis à prouver la non-conformité du titre et de la possession, alors qu'en apparence elle existe. Si on ne le peut pas, comme nous le croyons, en s'inscrivant en faux contre l'acte, on ne le peut pas davantage en contestant l'identité. Ce serait toujours remettre en question, au moyen de la preuve testimoniale, un état qui s'appuie sur la double preuve de la possession et du titre ; et n'est-ce pas là ce que le législateur a voulu prévenir? Il y a sans doute des abus possibles, mais cette possibilité n'a pas arrêté les auteurs du code ; ils ont voulu assurer le repos des familles par une maxime absolue ; or, elle cesserait de l'être et elle manquerait son but, si l'on permettait de s'inscrire en faux contre l'acte de naissance, et si l'on autorisait la preuve de la non-identité ; les faux témoins que le code redoute trouveraient une porte ouverte pour altérer l'état des personnes, et n'oublions pas que c'est contre les faux témoins que la disposition de l'article 322 a été formulée.

413. On dira qu'à force de vouloir maintenir le repos des familles contre les aventuriers munis de faux témoignages, on favorise la fraude de ceux qui, moyennant des titres falsifiés ou une possession menteuse, introduisent dans une famille des enfants qui y sont étrangers. Le danger est réel ; mais on ne peut pas chercher le remède au mal dans le texte de la loi, dont les termes absolus excluent toute exception. Il n'y a qu'un cas dans lequel on peut attaquer l'état de celui qui invoque la double preuve du titre et de la possession, c'est celui où il n'y a pas eu de mariage. La double preuve, que l'article 322 déclare incontestable, n'est que la preuve de la filiation ; elle ne prouve pas la légitimité. Il est de principe invariable que la légitimité suppose le mariage ; l'enfant ne peut même invoquer les preuves de la filiation que la loi admet, que si le mariage est constant. De là suit que l'on peut attaquer la légitimité d'un enfant qui a pour lui la possession et un acte de naissance, en prouvant que ses prétendus père et mère n'ont pas été mariés. L'enfant ne pourrait pas opposer la double preuve de l'article 322, car aucune des deux preuves n'établit le mariage, ni l'acte de naissance,

ni la possession d'état. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point (1). Il en résulte une conséquence très-importante, c'est que si le débat s'engage pendant la vie des père et mère ou de l'un deux, la preuve du mariage ne pourra se faire que par la production de l'acte de célébration (art. 194, 197). Si le mariage n'est pas prouvé, l'enfant ne peut se prévaloir ni de l'acte de naissance, ni de la possession d'état; il est enfant naturel, et il doit prouver sa filiation par un acte de reconnaissance.

SECTION III. — De la preuve testimoniale.

§ Ier. *Règles générales.*

414. L'article 323 porte : « A défaut de titre et de possession constante, ou si l'enfant a été inscrit, soit sous de faux noms, soit comme né de père et mère inconnus, la preuve de filiation peut se faire par témoins. » Lorsque l'enfant n'a pour lui aucune des preuves qui servent à établir la filiation, ni acte de naissance, ni possession d'état, il en résulte, dit Bigot-Préameneu, une présomption très-forte qu'il n'appartient pas au mariage. Les présomptions sont tout aussi fortes contre lui quand il a un titre, mais que ce titre dépose contre ses prétentions : s'il était légitime, aurait-il été inscrit sous de faux noms? ses parents l'auraient-ils renié en l'inscrivant comme né de père et mère inconnus? Puisque toutes les probabilités sont contre l'enfant, pourquoi la loi permet-elle de prouver sa filiation par témoins, c'est-à-dire par la plus dangereuse des

(1) Demolombe, t. V, p. 205, nos 228, 229. Arrêts d'Agen du 19 janvier 1864 (Dalloz, 1865, 2, 16) et de la cour de cassation du 19 juin 1867 (Dalloz, 1867, 1, 343). Il y a des arrêts contraires, mais ils n'ont aucune valeur doctrinale. C'est ainsi que la cour de Grenoble dit, arrêt du 5 février 1807 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 253), que « l'acte de naissance constitue la légitimité de l'état des enfants. » L'erreur est évidente. De même, la cour de Toulouse confond la preuve de la filiation et la preuve de la légitimité (arrêt du 24 juin 1820, *ibid.*, n° 333, 2°). La cour de Montpellier a été jusqu'à décider que la légitimité de l'enfant qui a un titre et la possession d'état ne peut être contestée après la mort de ses parents, alors même que la mère aurait reconnu qu'il n'y avait pas eu de mariage (arrêt du 4 février 1824, *ibid.*, 384). Dalloz critique cette jurisprudence (*ibid.*, n° 330).

preuves? Le législateur a dû admettre l'enfant à faire preuve de sa filiation, répond Duveyrier, parce que l'enfant réclame son bien, c'est-à-dire son droit. S'il peut prouver qu'il est victime de mauvaises passions, pourquoi la loi le repousserait-elle? Lui demandera-t-elle les titres habituels, alors que l'enfant se plaint précisément qu'un délit, le plus répréhensible des crimes, l'en a privé (1)?

D'après le droit commun, la preuve testimoniale est admissible, sans commencement de preuve par écrit, quand celui qui demande à prouver un fait en justice n'a pu s'en procurer une preuve littérale. Or, tel est certainement le cas de l'enfant qui n'a pas de titre. Mais dans les questions d'état, la loi se montre plus rigoureuse; elle exige que l'enfant ait un commencement de preuve qui rende sa demande probable. Portalis explique très-bien les motifs de cette dérogation au droit commun. Des témoins peuvent être corrompus ou séduits; leur mémoire peut les tromper; ils peuvent, à leur propre insu, se laisser entraîner par des inspirations étrangères. Tout nous avertit donc qu'il faut se tenir en garde contre de simples témoignages. Vainement dit-on que cette exigence pourra compromettre l'état d'une personne qui n'aura pas de commencement de preuve. La loi se préoccupe plus des familles que des individus; le sort d'un citoyen la touche moins que le danger dont la société entière serait menacée, si, avec quelques témoignages suspects, on pouvait introduire dans une famille des êtres obscurs qui ne lui appartiennent pas (2).

415. Tel est le principe posé par l'article 323. Pour qu'il y ait lieu à la preuve testimoniale, il faut que l'enfant n'ait ni titre ni possession. S'il y a un titre qui fait connaître sa mère, quand même l'acte ajouterait que l'enfant est né d'un père inconnu ou d'un père autre que le mari, l'enfant ne doit pas recourir à la preuve testimoniale, car son état est établi par titre, comme nous l'avons dit plus haut (n° 398).

(1) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 21 (Locré, t. III, p. 89). Duveyrier, Discours, n° 26 (*ibid.*, p. 131).

(2) Portalis, Discours préliminaire, n° 67 (Locré, t. Ier, p. 173). Comparez Cochin, Plaidoyer CII (Œuvres, t. IV, p. 352).

Il faut qu'il soit inscrit, dit notre texte, de père *et* mère inconnus, ou sous de faux noms. La dernière hypothèse donne lieu à une difficulté. On demande si l'enfant doit s'inscrire en faux contre l'acte de naissance. Il y a quelque incertitude dans la doctrine sur cette question. Zachariæ enseigne que l'enfant doit s'inscrire en faux. L'opinion contraire est plus généralement suivie par les auteurs récents, et elle est consacrée par la cour de cassation (1). La cour dit très-bien qu'il n'y a lieu à inscription de faux que lorsque l'officier public qui a reçu l'acte a commis un faux; or, l'officier de l'état civil ne fait que constater les déclarations qui lui sont faites; il n'a ni mission, ni capacité de s'assurer de la vérité de ces déclarations; dès lors, quand même elles seraient mensongères, le mensonge n'altère pas la substance de l'acte, par suite il n'y a pas lieu à inscription de faux. Il y aurait lieu à s'inscrire en faux si l'officier public avait constaté autre chose que ce que les comparants lui ont déclaré; dans ce cas il y aurait faux. Quand les déclarations sont constatées telles qu'elles ont été faites, l'acte en fait foi, à la vérité, mais seulement jusqu'à preuve contraire. Si donc l'enfant soutient que les déclarations sont mensongères, il devra le prouver, puisque c'est sous cette condition qu'il est admis à la preuve tsstimoniale, mais il pourra le faire par toutes voies de droit. C'est l'application des principes que nous avons posés au titre des Actes de l'état civil (2).

416. L'application du principe soulève encore d'autres difficultés. On suppose que l'enfant a une possession, il n'a pas de titre. Peut-il réclamer un état différent de celui que lui donne sa possession? L'article 323 ne prévoit pas ce cas; on pourrait donc dire que la condition sous laquelle la loi admet la preuve testimoniale n'existe pas, et que par suite il n'y a pas lieu à cette preuve. Mais la question est décidée en sens contraire par l'article 322. C'est seulement quand il y a un titre de naissance et une possession

(1) Zachariæ, t. III, p. 659, note 23. En sens contraire, Valette sur Proudhon, t. II, p. 89, note *a* : Demolombe, t. V, p. 217, n° 239. Arrêt de la cour de cassation du 12 juin 1823 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 621).

(2) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 54, n°s 39-42.

conforme que l'enfant ne peut pas réclamer un état contraire à celui qui est établi par ces deux preuves. S'il a un titre sans possession, l'article 323 lui ouvre la preuve testimoniale, il est admis à prouver qu'il a été inscrit sous de faux noms. S'il a une possession, mais sans titre, il est aussi admis à réclamer, en vertu de l'article 322. Cette réclamation ne peut se baser que sur la preuve testimoniale; or, l'on ne peut réclamer la filiation par témoins que sous les conditions exigées par l'article 323. Cela est admis par tout le monde (1).

417. Aux termes de l'article 323, la preuve testimoniale n'est admise que lorsqu'il y a un commencement de preuve résultant soit d'écrits, soit de faits constants. L'article 324 dit quels sont les écrits que l'enfant peut invoquer : « les titres de famille, les registres et papiers domestiques du père et de la mère, les actes publics et même privés émanés d'une partie engagée dans la contestation ou qui y aurait intérêt, si elle était vivante. » Cette dernière partie de l'article déroge au droit commun. « On appelle commencement de preuve par écrit, dit l'article 1347, l'écrit qui est émané de celui contre lequel la demande est formée ou de celui qu'il représente. » L'article 324 est plus large; il admet les écrits de tous ceux qui auraient intérêt à la contestation s'ils étaient vivants, par exemple d'un frère ou d'une sœur de l'enfant. A première vue, on est porté à croire que la loi est en contradiction avec elle-même, en se relâchant de la rigueur du droit commun dans une matière où elle se défie plus des témoignages que lorsqu'il s'agit d'intérêts pécuniaires. Mais la contradiction n'est qu'apparente. Les débats sur les questions d'état sont des débats où toute la famille est réellement engagée; car l'enfant demande à entrer dans la famille; il est donc naturel que les écrits émanés des membres de la famille, intéressés à la contestation, puissent être invoqués par l'enfant.

On demande si des lettres peuvent servir de commencement de preuve. Les termes de l'article 324 présentent un

(1) Zachariæ, t. III, p. 659, note 22. Marcadé, t. II, p. 27, art. 323, n° 1.

motif de douter : le mot *actes* ne s'entend pas, en général, des lettres; toutefois, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour les admettre (1). Ce n'est guère que dans les lettres que l'on trouve un commencement de preuve, quand il s'agit de l'état des personnes. Le droit commun d'ailleurs les admet, bien que l'article 1347 se serve aussi du mot *acte*. Cela décide la question. Il va sans dire que les lettres ne peuvent être produites en justice que du consentement de celui à qui elles sont adressées. Tel est le principe général, comme nous l'avons établi plus haut (n° 201). La cour de cassation l'a appliqué en matière de filiation dans un arrêt très-bien motivé : « Le secret des lettres dérive de la nature des choses qui ne permet pas qu'une confidence privée devienne l'objet d'une exploration publique. Une lettre est la propriété de celui à qui elle est adressée; s'il en est dessaisi malgré lui, il y a violation de cette propriété ; si l'on en fait un usage qu'il n'a pas consenti, il y a abus de confiance et violation de dépôt ; à aucun de ces titres, la justice ne peut en tolérer la production (2). »

L'article 324 énumère les divers écrits qui peuvent servir de commencement de preuve. Cette énumération est-elle restrictive? C'est l'opinion commune. Il est vrai que les termes ne sont pas restrictifs, mais l'esprit de la loi l'est. Le commencement de preuve est un élément essentiel du débat; il doit prévenir les dangers de la preuve testimoniale. C'est au législateur seul à déterminer quels sont les actes qui méritent cette confiance (3). Il a été jugé, par application de ce principe, qu'un acte de notoriété dressé sur la requête de l'enfant ne constitue pas un commencement de preuve par écrit (4).

Il est de l'essence du commencement de preuve par écrit qu'il rende vraisemblable le fait allégué (art. 1347). C'est une question de fait qui est abandonnée à l'apprécia-

(1) Marcadé, qui avait enseigné le contraire, est revenu à l'opinion générale (t. II, p. 28, art. 324, n° 2).

(2) Arrêt de la cour de cassation du 12 juin 1823 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 621).

(3) Bigot-Préameneu explique la loi en ce sens, dans l'Exposé des motifs, n° 23 (Locré, t. III, p. 90).

(4) Arrêt de Paris du 29 mai 1813 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 272).

tion du juge (1). Il faut lire sur ce point le plaidoyer CII de Cochin. Ce sont d'ordinaire des lettres qui forment l'objet du débat. « Il faut, dit-il, que les commencements de preuve se trouvent dans des actes qui ont un rapport direct à la filiation; car de nous présenter des actes absolument étrangers à l'objet de la naissance, et que l'on ne veut y appliquer que par des commentaires purement arbitraires, des écrits qui peuvent convenir à toutes personnes indifféremment, soit enfants, soit étrangers, c'est éluder la loi par des subtilités qui l'offensent et qui la feraient dégénérer dans une véritable chimère... Est-ce un commencement de preuve par écrit que les témoignages des relations que l'enfant a eues et qui témoignent de l'estime, de l'amitié que l'on a pour lui? A ce seul titre, il faudra admettre la preuve testimoniale et donner atteinte à l'état de toutes les familles (2)? »

418. L'article 323 admet encore la preuve testimoniale « lorsque les présomptions ou indices résultant de faits dès lors constants, sont assez graves pour déterminer l'admission. » Il y a ici une nouvelle dérogation au droit commun. Le code Napoléon met les présomptions sur la même ligne que les témoignages ; c'est une preuve principale qui est admise quand la preuve testimoniale l'est (art. 1353). En matière d'état, la loi n'admet pas les présomptions pour établir la filiation ; mais elle les admet comme un commencement de preuve suffisant pour autoriser l'admission de la preuve testimoniale. Les écrits peuvent manquer ; il y a malheureusement, malgré notre prétendue civilisation, de nombreuses familles où l'écriture est inconnue. Les faits y tiennent lieu des lettres : tels seraient des faits de possession, insuffisants pour fonder une possession d'état, c'est-à-dire une preuve complète, mais suffisants pour fournir un commencement de preuve.

La loi veut que les présomptions résultent de *faits dès lors constants*, c'est-à-dire de faits prouvés lors de la demande, soit que les parties les reconnaissent, soit qu'ils

(1) Voyez les arrêts rapportés dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 275.
(2) Cochin, Œuvres, t. IV, p. 358 et suiv., 361, 362.

résultent des documents du procès; peu importe, dit Bigot-Préameneu, comment ils sont établis, pourvu que leur existence soit démontrée aux parties autrement que par l'enquête demandée. C'est une condition préliminaire exigée pour que la preuve testimoniale soit admise; dès lors il est évident que les faits doivent être constants avant qu'on procède à l'enquête. De là suit que l'enfant ne peut pas faire la preuve de ces faits par témoins. Ce serait un véritable cercle vicieux; en effet, ce serait autoriser la preuve testimoniale, dont la loi se défie, par une autre preuve testimoniale, dont elle se défie également. Cependant il y a des auteurs qui admettent une exception à la rigueur de cette règle dans le cas où l'enfant allègue des faits de possession d'état (1). Cela est inadmissible. Peut-il y avoir une exception sans texte? On dit que la possession se prouve toujours par témoins. Oui, quand elle est complète, parce que dans ce cas la preuve testimoniale ne présente plus de danger, comme le dit Bigot-Préameneu, la preuve portant sur des faits publics, notoires, continués pendant des années (2). Mais dès que la possession n'est pas complète, ce n'est plus une possession d'état, nous rentrons alors dans l'hypothèse de l'article 323; et ne serait-il pas absurde, contraire au texte comme à l'esprit de la loi, d'admettre une preuve dangereuse sur la foi d'une preuve dangereuse?

Les faits, dit l'article 323, doivent produire des présomptions assez graves pour déterminer l'admission de la preuve testimoniale. C'est une question de fait. Il est inutile de citer des arrêts, les circonstances variant d'un cas à un autre (3). Mais il y a des applications qui soulèvent des questions de droit. Les père et mère ou l'un d'eux reconnaissent la légitimité de l'enfant. Il est certain que cette reconnaissance ne fait pas preuve de la filiation, la loi n'admettant d'autres preuves que l'acte de naissance,

(1) Valette sur Proudhon, t. II, p. 91, note *a*, suivi par Demolombe, t. V, p. 226, n° 252.
(2) Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 21 (Locré, t. III, p. 89).
(3) Voyez un exemple dans un arrêt de Metz du 16 août 1816 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 280).

la possession d'état et les témoignages. Mais n'est-ce du moins pas un commencement de preuve par écrit? Les tribunaux peuvent l'admettre comme tel, si l'enfant l'oppose à celui de qui elle émane; mais ils ne doivent pas nécessairement l'admettre, tout dépend des circonstances dans lesquelles la reconnaissance se fait et de la sincérité des déclarations qu'elle contient (1).

419. L'acte de naissance irrégulier est-il un commencement de preuve? Il nous semble que les actes de naissance ne sont pas compris dans le texte de l'article 324 : ce n'est pas un titre de famille, car comme titre il ferait preuve complète : ce n'est pas un acte public émané de la partie engagée dans la contestation, car l'acte de naissance n'émane pas d'un particulier, c'est l'œuvre d'un officier public. Il faut donc dire que l'acte de naissance fait preuve complète quand il est régulier, et il est régulier quand il indique suffisamment la mère. Que s'il y a une irrégularité qui rende la mère incertaine, l'acte ne fait plus aucune foi, sauf à l'enfant à demander la rectification au tribunal, et si l'acte rectifié fait connaître le nom de la mère, il prouvera la maternité et par suite la paternité, sauf désaveu. En aucun cas, il ne peut donc être question d'un commencement de preuve résultant de l'acte de naissance. La jurisprudence sur ces questions est incertaine (2); nous l'avons discutée en traitant de la preuve littérale (n° 398). Si l'acte de naissance n'est pas un commencement de preuve par *écrit*, le juge peut-il du moins y chercher des présomptions résultant de faits constants? Nous ne le croyons pas, et pour les mêmes raisons. Tant que l'acte est irrégulier, il ne prouve rien; du moment qu'il sera rectifié, il fera preuve complète.

420. Quel est l'objet de la preuve testimoniale? L'enfant doit prouver par témoins d'abord l'accouchement de la femme qu'il prétend être sa mère, ensuite son identité. C'est la preuve directe de la filiation maternelle. L'article 341 le dit de la recherche que l'enfant naturel fait de

(1) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Paternité*, n°s 307 et 275, 2°.
(2) Dalloz, au mot *Paternité*, n°s 220, 281 et 282.

sa mère; or la preuve est identique, qu'il s'agisse de la filiation légitime ou de la filiation naturelle. Il va sans dire que les adversaires de l'enfant sont admis à combattre les témoignages qu'il produit. C'est le droit commun. L'article 325 le dit : « La preuve contraire pourra se faire par *tous les moyens* propres à établir que le réclamant n'est pas l'enfant de la mère qu'il prétend avoir. » Si la loi s'est expliquée sur ce point, c'est peut-être pour marquer que les défendeurs sont admis à la preuve testimoniale sans commencement de preuve. Cela encore allait sans dire. C'est le débat que la loi repousse, tant qu'il n'y a pas un commencement de preuve pour la demande ; mais une fois le procès engagé, et la preuve par témoins admise pour le demandeur, il fallait bien admettre le défendeur à combattre par d'autres témoignages les témoignages qu'il allègue (1). L'appréciation de tous ces témoignages appartient au juge; il admet ou il rejette la filiation, selon sa conscience.

421. La maternité est prouvée. Est-ce que l'enfant peut invoquer la présomption de l'article 312? Aura-t-il pour père le mari de la mère, sauf désaveu? L'article 325 répond à notre question : « Même la maternité prouvée, l'on est admis à faire la preuve par *tous les moyens* que le réclamant n'est pas l'enfant du mari de la mère. » Il résulte de cette disposition d'abord que la preuve de la maternité entraîne indirectement celle de la paternité, en vertu de la présomption établie par l'article 312. Cela est fondé en raison. Dès qu'il est prouvé que l'enfant est conçu d'une femme mariée, il a nécessairement pour père le mari. Mais le mari ne peut-il combattre cette présomption que par l'action en désaveu? Sur ce point, l'article 325 déroge à l'article 312, puisqu'il admet les adversaires de l'enfant à prouver par *tous les moyens* que le réclamant n'est pas l'enfant du mari de la mère. Les termes de la loi prouvent qu'il ne s'agit pas de l'action en désaveu. Car le désaveu ne peut pas être formé par tout adversaire de l'enfant,

(1) Tout le monde est d'accord sur ce point (Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. I[er], p. 310 et note 26.

l'action ne peut être intentée, en principe, que par le mari; tandis que l'article 325 permet à n'importe qui de combattre la prétention de l'enfant. Puis le désaveu, dans le cas de l'article 312, n'est admis que pour cause d'impossibilité de cohabitation; tandis que l'article 325 permet de faire la preuve de la non-paternité par tous moyens. Il n'y a donc pas lieu à l'action en désaveu; on rentre sous l'empire des principes généraux. Pourquoi la loi n'attache-t-elle pas la même force probante à la preuve testimoniale qu'à l'acte de naissance? C'est que l'enfant qui produit un titre a en sa faveur toutes les probabilités, tandis que l'enfant qui recourt à la preuve testimoniale a toutes les probabilités contre lui, et il ne prouve sa filiation que par une preuve dont la loi se défie, malgré le commencement de preuve par écrit ou les présomptions, tandis que le titre est la preuve par excellence de la filiation. C'est l'opinion de tous les auteurs, et elle est aussi consacrée par la jurisprudence (1).

422. Il y a quelque hésitation dans la doctrine et dans la jurisprudence sur l'effet des jugements que l'enfant obtient. S'il n'a intenté son action que contre sa mère ou ses héritiers, sans que le mari ait été mis en cause, le jugement qui admet sa demande ne prouvera pas la filiation maternelle à l'égard du père ni de ses héritiers. C'est l'application du principe élémentaire sur les effets de la chose jugée. Si donc l'enfant veut établir sa filiation à l'égard de son père, il devra le mettre en cause, non pour établir sa filiation paternelle, mais pour faire constater sa filiation maternelle contre son père ou ses héritiers. S'il obtient gain de cause, le mari pourra encore prouver par tous moyens qu'il n'est pas le père. Il se peut que dans cette nouvelle instance l'enfant succombe; il aura alors pour mère une femme mariée, mais sa filiation maternelle n'aura aucun effet à l'égard du père. Cela est contraire à la présomption de l'article 312, mais tel est le résultat de la chose jugée. L'enfant sera adultérin.

(1) Voyez les auteurs cités dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 289, et l'arrêt de la cour de cassation du 1er mai 1849 (Dalloz, 1849, 1, 198).

L'enfant a donc intérêt à intenter son action contre ses père et mère ou leurs héritiers. Le débat portera d'abord sur la filiation maternelle. Si elle est prouvée, elle le sera à l'égard du père ou de ses héritiers, puisqu'ils sont parties en cause. Mais la preuve de la maternité n'empêchera pas le mari de contester sa paternité. Vainement dirait-on que le jugement déclare que le réclamant est enfant de telle femme mariée à tel homme, et que ce jugement a effet à l'égard du mari, puisqu'il a été rendu contre lui. Le jugement ne porte que sur la filiation maternelle; quant à la filiation paternelle, elle n'a pas fait l'objet du débat : elle résultera de la filiation maternelle par voie de présomption, mais l'article 325 réserve expressément au défendeur le droit de prouver par tous moyens que l'enfant appartient au mari de la mère. Il y a un arrêt contraire qui admet la chose jugée (1). Comment y aurait-il chose jugée sur la paternité, alors que l'enfant ne peut pas même réclamer sa filiation paternelle? La paternité légitime ne s'établit jamais que par voie de présomption, et non par voie d'action judiciaire. Le débat ne peut donc porter que sur la maternité; et le jugement rendu sur la demande ne peut constater que la maternité. Le débat sur la paternité s'élèvera seulement quand le mari contestera sa paternité (2).

Ce n'est pas à dire qu'il faille nécessairement deux instances, deux procès. Si le mari est en cause, il peut immédiatement contester sa paternité. Les témoignages mêmes allégués par l'enfant peuvent prouver la maternité tout ensemble et la non-paternité. Si cette preuve est acquise, le tribunal ne pourra pas même admettre la filiation maternelle, car ce serait une filiation adultérine. Il est vrai que l'action de l'enfant ne tendait pas à une reconnaissance adultérine, puisqu'il demandait à prouver sa filiation légitime. Mais les débats ayant prouvé que l'en-

(1) Arrêt de Caen du 12 juin 1846, cité par Demolombe, t. V, n° 261, p. 235, et approuvé par lui.

(2) Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 453 et suiv., expose très-bien les principes. Il y a beaucoup de confusion dans ce que dit Dalloz, au mot *Paternité*, n°s 296-298.

fant est le fruit de l'adultère, il nous semble que le tribunal ne peut la constater, car ce serait en réalité une recherche de la maternité adultérine, ce que la loi prohibe (art. 342) (1).

423. Lorsque le tribunal commence par déclarer que l'enfant a pour mère telle femme mariée, et qu'ensuite il admet, sur la contestation du mari, que cet enfant ne lui appartient pas, les deux décisions prouveront que l'enfant est le fruit de l'adultère. N'est-ce pas là contrevenir à l'article 342? Non évidemment; car, d'une part, il n'y a pas eu recherche de filiation adultérine, et, d'autre part, le tribunal, en prononçant sur la filiation maternelle de l'enfant, n'entendait pas décider que cet enfant était adultérin, puisque la paternité ne faisait pas l'objet du débat. C'est seulement quand le mari use du droit que lui donne l'article 325 que le tribunal jugera que le réclamant n'est pas l'enfant du mari. L'adultérinité résultera donc, dans ce cas, de l'application de l'article 325; or, en appliquant l'article 325, le juge ne viole pas l'article 342 (2). La loi elle-même suppose que la filiation adultérine peut être constatée par des jugements, sans qu'il y ait reconnaissance volontaire ou forcée, puisqu'elle accorde des aliments aux enfants adultérins (art. 762); l'article 325 est un de ces cas.

§ II. *Des exceptions.*

424. D'ordinaire c'est l'enfant qui est demandeur, en matière d'état; l'article 325 le suppose. Il se peut néanmoins que deux époux ou l'un d'eux intentent une action qui tend à faire déclarer que cet enfant leur appartient, ou du moins appartient à la femme. C'est ainsi qu'il est arrivé que le mari a établi qu'un enfant est né de sa

(1) La cour de cassation l'a jugé ainsi par l'arrêt précité du 1er mai 1849 (p. 529, note). Valette, *Explication sommaire du livre Ier du code civil*, p. 180. Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 93, nº 52 *bis* III.

(2) Arrêt de la cour de cassation du 11 avril 1854 (Dalloz, 1854, 1, 93).

femme pour le désavouer (1). Dans une autre espèce, deux époux ont formé conjointement l'action à l'effet de réclamer, comme issu de leur mariage, un enfant inscrit frauduleusement sous des noms supposés, et reconnu plus tard par un tiers (2). L'action dans les deux cas est-elle régie par les principes qui régissent l'action intentée par l'enfant? Notamment, la preuve testimoniale n'est-elle admissible que lorsqu'il y a un commencement de preuve, conformément à l'article 323? La cour de Paris, devant laquelle les deux causes se sont présentées, a décidé la question, dans les motifs des arrêts, en sens divers. Dans les considérants du premier arrêt, on lit que « la disposition de l'article 323 est générale, et s'applique au père qui veut prouver la filiation de l'enfant conçu pendant le mariage, comme à l'enfant qui réclame l'état d'enfant légitime. » Le second arrêt dit, au contraire, « que la loi ne subordonne pas à des conditions particulières la poursuite et le résultat d'un tel procès; qu'en matière de fraude, tous les genres de preuves sont admissibles, et que si des présomptions graves, précises et concordantes établissent le fait allégué, la réclamation des époux doit être accueillie. »

Dans la doctrine de ce dernier arrêt, il y aurait donc exception à l'article 323, quand l'action est intentée par les époux ou l'un d'eux. La cour de cassation s'est prononcée pour la première interprétation et, à notre avis, avec raison (3). D'abord le texte de l'article 323 est conçu en termes généraux, il ne distingue pas par qui l'action est intentée, il décide d'une manière absolue que la preuve de la filiation ne peut se faire par témoins que lorsqu'il y a un commencement de preuve. Il est vrai que l'article 325, qui fait suite à l'article 323, suppose que la réclamation est formée par l'enfant; mais ce n'est pas là une condition établie par la loi, elle ne fait que prévoir le cas ordinaire. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur

(1) Arrêt de Paris, du 6 janvier 1849 (Dalloz, 1849, 2, 206) et arrêt de la cour de cassation du 4 février 1851 (Dalloz, 1851, 1, 117).

(2) Arrêt de Paris du 12 juillet 1856 (Dalloz, 1857, 2, 4), et arrêt de la cour de cassation du 27 janvier 1857 (Dalloz, 1857, 1, 196).

(3) Arrêt du 22 août 1861 (Dalloz, 1862, 1, 115).

ce point. Pourquoi n'admet-elle la preuve testimoniale, en matière de filiation, que s'il y a un commencement de preuve? A cause du danger que les témoignages présentent surtout en matière d'état. Est-ce que le danger n'existe que dans le cas où l'enfant intente l'action? Ne pourrait-il pas arriver que les époux voulussent introduire dans la famille un enfant qui lui est étranger? Cela décide la question. Donc cette première exception à l'article 323 n'existe pas.

425. Y a-t-il exception dans le cas prévu par l'article 46? Cette disposition prévoit le cas de la non-existence ou de la perte des registres; il permet de prouver les mariages, *naissances* et décès, tant par les registres et papiers émanés des père et mère décédés que par témoins, mais il exige une preuve préalable : il faut que le demandeur prouve qu'il n'a pas existé de registres ou qu'ils sont perdus. On voit que la différence est grande, quant au mode de preuve, entre l'article 46 et l'article 323. Celui-ci n'admet la preuve testimoniale de la filiation que lorsqu'il y a un commencement de preuve résultant d'écrits ou de présomptions; tandis que l'article 46 admet la preuve par témoins pour établir les *naissances,* sans ce commencement de preuve. On demande si l'article 46 déroge à l'article 323. Il est certain que s'il n'a pas existé de registres ou s'ils sont perdus, les *naissances* peuvent être prouvées par témoins; mais la preuve de la *naissance* emportera-t-elle la preuve de la filiation? Telle est la difficulté sur laquelle il y a une vive controverse parmi les auteurs. Nous n'hésitons pas à décider que la preuve testimoniale, admise par l'article 46 pour prouver la *naissance,* établit aussi la *filiation.* Le texte est clair et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute.

Quel est l'objet de l'article 46? C'est de déterminer les cas dans lesquels les registres de l'état civil peuvent être remplacés par une autre preuve; cette autre preuve tient lieu des registres; donc elle doit prouver ce que prouvent les registres. Or, que prouvent les registres? Ils sont destinés à prouver les mariages, les naissances et les décès; la preuve testimoniale aussi établira donc, comme

le porte l'article 46, les mariages, naissances et décès. Quant aux mariages et aux décès, il n'y a aucune difficulté. Il n'en est pas de même des naissances. L'acte de naissance ne prouve pas seulement le fait qu'un enfant est né, il prouve encore la filiation, quand il s'agit d'enfants nés du mariage. Or, l'acte de naissance est remplacé par la preuve testimoniale, lorsqu'il n'a pas existé de registres ou qu'ils sont perdus; donc la preuve testimoniale établit également la filiation des enfants légitimes. Vainement objecte-t-on que l'article 46 dit seulement que les *naissances* seront prouvées par témoins; il ne dit pas que la *filiation* sera établie par la preuve testimoniale. La réponse est simple et péremptoire : l'objet de l'article 46 n'est pas de déterminer ce que prouvent les actes de naissance et la preuve testimoniale; il n'a qu'un seul but, c'est de décider dans quels cas et sous quelles conditions l'acte qui n'a pas été inscrit sur les registres peut être remplacé par des témoignages. Quant à la preuve résultant des actes de naissance, il en est traité au titre de la Paternité : là nous lisons que l'acte de naissance fait preuve de la filiation quand il s'agit d'enfants légitimes; donc la preuve testimoniale qui le remplace, dans le cas de l'article 46, doit aussi établir la filiation.

Nous disons que tel est aussi l'esprit de la loi. On lit dans les Observations de la section de législation du Tribunat sur l'article 46, que le but de cette disposition est de constater l'*état* des citoyens (1). Donc quand il s'agit de la naissance d'un enfant légitime, la loi veut assurer son état, c'est-à-dire sa filiation. C'est là le grand intérêt de l'enfant. Que lui importe de prouver le fait matériel de sa naissance, si cette preuve n'entraîne pas celle de sa filiation? On dira qu'il y a un autre intérêt qui domine celui de l'enfant : l'intérêt des familles, qui est aussi celui de la société, demande que la preuve testimoniale soit écartée, quand il s'agit de prouver l'état des personnes. Tel est bien le système que le code Napoléon établit au titre de la Paternité; qu'il s'agisse de la filiation légitime ou de la filiation naturelle,

(1) Observations du Tribunat, n° 2 (Locré, t. II, p. 85).

il exige un commencement de preuve pour rendre la preuve testimoniale admissible (art. 323, 340, 341). C'est donc violer l'esprit de la loi que d'admettre les témoignages sans aucun commencement de preuve. La réponse est simple et, à notre avis, péremptoire. Il n'est pas exact de dire que la loi pose le principe absolu que jamais, en matière de filiation, la preuve par témoins n'est admise que si elle est appuyée sur un commencement de preuve. La filiation légitime est établie par la possession d'état, et la possession d'état se prouve par témoins. Pourquoi le législateur admet-il dans ce cas les témoignages? Parce qu'ils ne présentent aucun danger. N'en serait-il pas de même lorsqu'il n'y a pas de registres? Il n'est pas vrai de dire que dans ce cas la preuve par témoins est admise d'une manière absolue; le demandeur doit, avant tout, prouver que les registres n'ont pas existé ou qu'ils sont perdus. Cette preuve préalable donne quelque probabilité à sa demande, en ce sens qu'il prouve l'impossibilité où il est de produire un titre qui n'a jamais existé ou qui a été détruit. Tandis que s'il existe des registres et que l'acte de naissance de l'enfant ne s'y trouve point, toutes les probabilités sont contre l'enfant; le législateur a dû, pour cette raison, repousser la preuve testimoniale, à moins que le danger n'en soit diminué par un commencement de preuve résultant d'écrits ou de présomptions. Cela explique la différence qui existe entre l'article 46 et l'article 323 : les deux dispositions prévoient des cas différents, et là où il n'y a pas même raison de décider, il ne doit pas y avoir même décision (1).

La preuve est différente dans les deux cas, et l'effet de la preuve diffère également. Quand il n'a pas existé de registre ou qu'ils sont perdus, la loi admet, et sur la même ligne, les registres et papiers émanés des père et mère et la preuve par témoins. Tandis que si l'enfant n'a ni titre ni possession, et qu'il n'allègue pas la non-existence ou la

(1) Cette opinion est enseignée par Zachariæ, Valette, Duvergier et Demolombe. L'opinion contraire est professée par Delvincourt, Duranton et Marcadé. Voyez les sources dans Demolombe (t. V, p. 536, nos 233 et 234) et Dalloz, au mot *Paternité*, n° 266.

perte des registres, la loi n'admet les papiers domestiques que comme un commencement de preuve. L'article 323 admet aussi à titre de commencement de preuve les présomptions résultant de faits constants; tandis que dans le cas prévu par l'article 46, les présomptions sont admises comme preuve principale par cela seul que la preuve testimoniale l'est (art. 1353). Quand l'enfant a prouvé sa filiation par témoins, dans le cas de l'article 323, le mari peut prouver par tous moyens qu'il ne lui appartient pas. Lorsque, au contraire, l'enfant recourt à la preuve testimoniale pour remplacer des registres qui n'existent pas, la preuve de la filiation maternelle ne peut être combattue que par l'action en désaveu; en effet, elle tient lieu de l'acte de naissance; or, l'acte de naissance ne peut être combattu que par le désaveu (1).

CHAPITRE IV.

DES ACTIONS CONCERNANT LA FILIATION.

SECTION I. — Principes généraux.

426. On donne le nom de *questions d'état* aux actions qui concernent la filiation. La cour de cassation définit l'*état* en ces termes : « L'état consiste dans les rapports que la nature et la loi civile établissent, indépendamment de la volonté des parties, entre un individu et ceux dont il tient la naissance (2). » Dans ce sens large, l'enfant naturel a un état aussi bien que l'enfant légitime, mais l'état de celui-ci embrasse des relations plus étendues que l'état de l'enfant naturel; car elles s'étendent à toute la famille des

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. Ier, p. 455 et suiv.
(2) Arrêt du 12 juin 1838 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 633, 2°).

père et mère, tandis que l'enfant naturel n'a pas de famille. Comme le dit la définition de la cour de cassation, l'état a pour base la filiation, il en découle comme de sa source. D'où suit que les actions concernant la filiation sont essentiellement des questions d'état. Telles sont :

Le *désaveu*, car il tend à contester la filiation légitime de l'enfant conçu ou au moins né pendant le mariage :

La *contestation de légitimité*, dans le sens spécial de l'article 315. Quand l'enfant naît trois cents jours après la dissolution du mariage, sa légitimité peut être *contestée*, c'est-à-dire que le demandeur nie que cet enfant soit conçu pendant le mariage ; or, l'action qui tend à nier la filiation légitime est une question d'état aussi bien que l'action par laquelle l'enfant réclame sa légitimité :

L'*action en réclamation d'état*, qui est intentée par l'enfant ou ses héritiers, soulève toujours une question d'état, car l'enfant prétend appartenir à telle famille à raison de sa filiation.

L'*action en contestation d'état* tend à repousser l'enfant de la famille à laquelle il prétend appartenir, soit que l'enfant possède l'état qu'on lui conteste, soit qu'il ne le possède pas. Dans ce sens, le désaveu est une action en contestation d'état, car le mari conteste à l'enfant la qualité d'enfant légitime.

427. L'état des personnes est régi par des principes qui s'appliquent, du moins en général, à toutes les questions d'état. Il y a un principe fondamental en cette matière, c'est que l'état est, dans son essence, un droit moral. Il est vrai qu'il est la source de droits pécuniaires qui peuvent être très-considérables, mais ce ne sont pas ces droits qui constituent l'état ; l'état peut exister, à la rigueur, sans qu'il en résulte des avantages pécuniaires ; ce qui en fait l'élément essentiel, c'est le sang, c'est la famille, c'est l'honneur qui y est attaché. Par cela même, l'état est d'ordre public ; il est la base de la classification civile des personnes. Il est aussi d'intérêt général, car c'est sur la filiation que reposent les familles, et la famille est le fondement de la société civile et politique. Il suit de là que l'état n'est pas dans le commerce ; on n'achète pas, on ne vend pas le

sang ni la filiation. Par suite, l'état ne peut faire l'objet d'aucun fait juridique qui implique le commerce, dans le sens légal du mot. Donc personne ne peut transiger sur son état (1). La transaction suppose une renonciation ; or, l'on ne conçoit pas que l'enfant renonce à son état; ce serait renoncer au sang, abdiquer des liens que la nature a formés, ce qui est impossible; ce serait aliéner une chose qui, n'étant pas dans le commerce, ne peut pas faire l'objet d'une aliénation; ce serait régler par des conventions particulières une matière qui est d'ordre public et d'intérêt général, ce que la loi ne permet pas. Toute renonciation que l'enfant ferait à son état est donc radicalement nulle (2). De là suit que si l'enfant a intenté une action en réclamation d'état et s'il s'en désiste, le désistement est nul, en tant qu'il implique une renonciation à son état; il pourra réclamer son état malgré son désistement. Par la même raison, il ne peut acquiescer au jugement qui a rejeté sa demande; cet acquiescement ne l'empêcherait pas d'interjeter appel. Il est vrai que l'enfant peut ne pas interjeter appel; son silence impliquera un acquiescement tacite; mais si, dans ce cas, l'enfant est déchu du droit d'appel, c'est moins par sa volonté que par l'autorité que la loi attache aux jugements, et par la nécessité de mettre un terme aux procès (3).

Il suit du même principe que l'on ne peut opposer à l'enfant un aveu quelconque qu'il aurait fait de sa filiation, ni lui déférer le serment sur son état. Le serment ne peut jamais être déféré en matière d'état, pas plus au profit de l'enfant que contre lui, parce que le serment décisoire implique une transaction, et toute transaction sur une question d'état est frappée de nullité. Quant à l'aveu, il contient une disposition du droit sur lequel il porte; dès lors il est inadmissible en matière d'état.

Enfin, il résulte du même principe que l'état ne peut ni s'acquérir ni se perdre par prescription. La loi le dit de

(1) Arrêt d'Orléans du 6 mars 1841 (Dalloz, au mot *Paternité*, nº 387, 3º).
(2) Arrêt de Montpellier du 20 mars 1838 (Dalloz, au mot *Paternité*, nº 66, p. 184).
(3) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, p. 146, nº 144.

la prescription extinctive que l'on voudrait opposer à l'action en réclamation d'état intentée par l'enfant; l'article 328 n'est que l'application d'un principe général, c'est que la prescription, soit acquisitive, soit extinctive, suppose un droit qui est dans le commerce, un droit que l'on peut acquérir par titre ou par possession, un droit que l'on peut perdre par une renonciation tacite ou par négligence, toutes suppositions étrangères à l'état des personnes. D'ailleurs la prescription est établie dans l'intérêt général; or, l'intérêt de la société demande précisément que l'état soit imprescriptible; il importe que chacun puisse toujours réclamer la filiation qui lui appartient, et il importe également que l'on puisse toujours contester l'état de celui qui n'a aucun droit à la filiation qu'il possède ou qu'il revendique (1).

428. Il ne faut pas confondre l'état avec les droits pécuniaires qui y sont attachés. Quoique ces droits dérivent de l'état qui est d'ordre public et d'intérêt social, ils n'ont rien de commun avec l'ordre public ni avec l'intérêt de la société. Ils restent donc sous l'empire des principes généraux qui régissent les droits patrimoniaux. Ces droits sont dans le commerce; donc ils peuvent faire l'objet de toute espèce de convention, par exemple d'une transaction. La cour d'Orléans a fait une application remarquable de ce principe. Une transaction portait tout ensemble sur l'état de l'enfant et sur les droits pécuniaires qui en dérivaient. La cour maintint la convention quant aux intérêts pécuniaires, et l'annula quant à la question d'état. Bien que compris dans une même convention, les droits pécuniaires et les droits d'état sont essentiellement différents; on peut transiger sur les uns, on ne le peut pas sur les autres; la cour devait donc les séparer, comme elle l'a fait (2).

(1) C'est le motif donné par Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 25 (Locré, t. III, p. 90).

(2) Arrêt d'Orléans du 6 mars 1841 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 387, 3°). Comparez un arrêt de la cour de cassation du 29 mars 1852 (Dalloz, 1854, 1, 392), qui maintient une convention sur le partage de la communauté et de la succession, intervenue entre des enfants légitimes et des enfants adultérins.

Il suit de là que l'enfant peut renoncer aux droits pécuniaires qui sont attachés à son état; il peut se désister d'une action qui les concerne, y acquiescer. On peut se prévaloir de son aveu et lui déférer le serment. Enfin ces droits étant dans le commerce, on peut les acquérir et les perdre par la prescription.

429. L'état, considéré comme droit moral, ne concerne que l'enfant. Il est vrai que, en principe, ses descendants auraient aussi un intérêt moral à réclamer l'état qui appartenait à leur père. Mais le code Napoléon n'admet pas cette théorie; il en serait résulté que les débats sur les questions d'état auraient été éternels, ce qui eût compromis le repos des familles, et par conséquent troublé la société. Le législateur a donc limité la contestation sur l'état à la vie de l'enfant. A sa mort, l'état, comme droit moral, s'éteint; il n'est plus considéré que comme source d'intérêts pécuniaires. Les droits patrimoniaux attachés à l'état passent naturellement aux héritiers quels qu'ils soient, avec le patrimoine dans lequel ils se trouvent. De là suit que les questions d'état changent entièrement de nature, quand les héritiers y figurent. Les droits pécuniaires seuls sont en cause; or, ces droits sont dans le commerce, donc ils peuvent faire l'objet de transactions; les héritiers y peuvent renoncer; ils peuvent se désister de leur action, acquiescer; leurs droits sont sujets à prescription.

430. Les principes que nous venons d'exposer reçoivent des modifications en matière de désaveu; nous les ferons connaître en traitant de l'action en désaveu. Il nous faut noter encore quelques règles spéciales de procédure applicables aux actions qui concernent l'état des personnes. Le préliminaire de conciliation devant le juge de paix, que la loi prescrit pour toute demande principale introductive d'instance, ne doit et ne peut avoir lieu quand l'action porte sur des objets qui ne peuvent être la matière d'une transaction. Telles sont les questions d'état, lorsque l'enfant est partie en cause : elles sont par leur nature dispensées d'un essai de conciliation qui n'aurait aucun but. Il n'en est pas de même quand les héritiers figurent

au procès, puisque le débat porte sur des intérêts pécuniaires (code de procédure, art. 48).

Aux termes de l'article 83 du code de procédure, les causes qui concernent l'état des personnes sont communicables aux ministère public. Cette disposition reçoit son application aux actions où l'enfant figure; elle ne s'applique plus quand les héritiers sont parties au procès, car, à leur égard, la cause rentre dans le droit commun qui régit toutes les contestations d'intérêt pécuniaire.

SECTION II. — De l'action en désaveu.

§ Ier. *Quand il y a lieu au désaveu.*

431. L'article 312 dit que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari; que néanmoins celui-ci peut *désavouer* l'enfant s'il prouve qu'à l'époque de la conception, il était dans l'impossibilité physique de cohabiter avec sa femme; l'article 313 ajoute qu'il peut aussi le *désavouer* pour cause d'impossibilité morale de cohabitation. Quant à l'enfant né pendant le mariage, mais conçu avant la célébration, le mari a, en principe, le droit absolu de le *désavouer* (art. 314). D'après ces dispositions, il y aurait lieu à l'action en désaveu contre l'enfant conçu ou né pendant le mariage. Mais pour que l'enfant puisse invoquer la présomption de paternité, qui ne peut être combattue que par le désaveu, il faut qu'il prouve qu'il est conçu ou né de la femme mariée qu'il prétend être sa mère. Cette preuve vient modifier les principes du désaveu, tels qu'ils résultent des articles 312, 313 et 314.

La loi admet trois preuves pour établir la filiation des enfants légitimes : l'acte de naissance, la possession d'état et la preuve testimoniale. Quand l'enfant prouve sa filiation maternelle par un acte de naissance, il peut invoquer la présomption de paternité, et le mari n'est admis à la combattre que par le désaveu. Cela résulte de la combinaison de l'article 319 avec les articles 312, 313 et 314. En effet, l'acte de naissance, appuyé sur l'acte de célébra-

tion du mariage, prouve que l'enfant est né d'une femme mariée, pendant son mariage, qu'il ait été conçu après ou avant, peu importe; dès lors il y a lieu à la présomption de paternité et par suite à l'action en désaveu.

Il n'en est pas de même quand l'enfant prouve sa filiation par la possession d'état. En théorie, comme nous l'avons dit (n° 408), on pourrait soutenir qu'il y a lieu à désaveu; mais en fait, le désaveu n'est pas recevable, puisque la possession d'état se fonde précisément sur l'aveu du mari qui a traité l'enfant comme sien. Quand la possession d'état est constante, il ne peut donc plus être question de désaveu. Tout ce que le père ou, s'il y a lieu, ses héritiers peuvent faire, c'est de combattre les témoignages que l'enfant produit pour prouver la possession d'état.

Lorsque, à défaut de titre et de possession d'état, l'enfant prouve sa filiation par témoins, il peut, à la vérité, invoquer la présomption de paternité de l'article 312, mais cette présomption n'a plus la même force que lorsqu'elle repose sur un acte de naissance. Le mari peut par *tous les moyens* de droit, dit l'article 325, prouver que l'enfant ne lui appartient pas. Ce n'est plus l'action en désaveu, c'est la preuve contraire qui est régie par le droit commun (n° 421).

Nous ne faisons que résumer les principes que nous avons exposés. Il en résulte que le mari ne doit recourir à l'action en désaveu que lorsque l'enfant établit sa filiation maternelle par l'acte de naissance. Cette règle est admise par la doctrine et par la jurisprudence; elle ne fait l'objet d'aucun doute (1). La cour de cassation a jugé que si l'enfant n'a pas de titre, le mari ne doit pas intenter contre lui l'action en désaveu (2). On ne désavoue que celui qui a pour lui la présomption de paternité résultant du mariage de la mère et prouvée par un acte de naissance. L'enfant qui n'a pas de titre doit former une demande en réclamation d'état; s'il allègue la possession, le

(1) Arrêt de Paris du 11 janvier 1864 (Dalloz, 1864, 2, 19).
(2) Arrêt du 11 avril 1854 (Dalloz, 1854, 1, 92).

mari peut la combattre en prouvant qu'il n'a jamais avoué cet enfant comme sien; s'il recourt à la preuve testimoniale, le mari peut la repousser par la preuve contraire, sans être assujetti aux règles sur le désaveu. L'action en désaveu doit être intentée dans un délai très-court, dans le mois, en règle générale; ce délai ne peut être opposé au mari que lorsqu'il doit former une action en désaveu pour rejeter l'enfant de la famille, ce qui suppose que l'enfant a un titre; s'il n'en a pas, le mari n'est pas tenu de s'engager dans un procès scandaleux contre l'enfant qui probablement ne réclamera jamais un état auquel il n'a aucun droit; il peut attendre que l'enfant intente son action, alors il le repoussera par tous moyens légaux (1).

432. Quand l'enfant a un acte de naissance, il ne peut être rejeté de la famille que par une action en désaveu. Tel est le principe. Mais que faut-il décider si le titre est irrégulier? Il faut distinguer si l'irrégularité porte sur l'indication de la mère ou si elle porte sur la désignation du père. Si la mère n'est pas indiquée d'une manière certaine, l'enfant ne peut plus se prévaloir de son acte de naissance, sauf à en demander la rectification. En effet, l'acte de naissance doit prouver précisément la filiation maternelle; si donc l'acte ne fait pas connaître la mère d'une manière certaine, il ne peut plus être invoqué par l'enfant. Voici un cas qui s'est présenté. L'acte de naissance n'indiquait pas la mère sous son nom de femme mariée, cette irrégularité à elle seule n'aurait pas empêché que la mère ne fût certaine; mais de plus on donnait à la mère deux prénoms qui appartenaient à sa sœur, et dont l'un seulement lui était propre; l'énonciation du domicile pouvait encore s'appliquer à sa sœur aussi bien qu'à elle. Il y avait donc incertitude sur la maternité. La cour de Rouen décida que l'enfant devait, avant tout, faire rectifier son acte de naissance. Peut-être ne se serait-elle pas arrêtée devant ces irrégularités, si les circonstances de la cause n'avaient éveillé ses soupçons; le mari, lors de

(1) Demolombe, t. V, p. 137, nº 145. Arrêt de Caen du 17 mars 1847 (Dalloz, 1848, 2, 57).

la naissance, était absent depuis plusieurs années pour le service des armées(1). C'est ainsi que les faits déterminent nécessairement la décision du juge.

Quant aux irrégularités qui concernent le nom du père, elles sont indifférentes, parce que l'acte de naissance n'a pas pour objet de constater la filiation paternelle (n° 398). La plus grave de ces irrégularités résulte de l'indication d'un père autre que le mari de la mère. On pourrait objecter que, dans ce cas, le titre constate une filiation adultérine, et que par suite l'enfant ne peut pas l'invoquer. La cour de Paris a répondu, et la réponse est péremptoire, que les énonciations conformes à la loi qui se trouvent dans un acte de naissance ne sont pas infirmées par celles qui seraient erronées, ou contraires à la loi. Il suffit que la mère soit certaine, par l'acte de naissance, pour qu'il soit nécessaire de désavouer l'enfant (2).

433. S'il n'y a pas d'acte de naissance, il ne peut être question de désaveu. La cour de Riom a décidé le contraire dans des circonstances particulières, il est vrai, mais ce n'en est pas moins une erreur évidente. Deux époux s'étaient séparés volontairement; la femme accoucha d'un enfant, dont la naissance ne fut pas déclarée à l'officier de l'état civil. C'est par hasard que le mari apprit l'existence de cet enfant; il le désavoua immédiatement par une déclaration faite par-devant notaire, mais il ne donna pas suite au désaveu dans le mois de cet acte extrajudiciaire, comme semble l'exiger l'article 318. Plus tard, il s'engagea de nouvelles instances sur la paternité; la cour décida que le désaveu n'ayant pas eu lieu dans le délai fixé par la loi, il était non recevable (3). Nous disons que l'erreur est évidente. Avant d'appliquer les dispositions du code sur les délais dans lesquels l'action en désaveu doit être intentée, il fallait voir s'il y avait lieu à désaveu. Il est vrai que le mari avait désavoué l'enfant dans un acte extrajudiciaire, mais cet acte était inutile, car l'enfant n'avait aucune preuve de sa filiation maternelle: pas de

(1) Arrêt du 5 mars 1828 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 45, p. 176).
(2) Arrêt de Paris du 11 janvier 1864 (Dalloz, 1864, 2, 18).
(3) Arrêt de Riom du 7 juin 1844 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 177).

titre, pas de possession d'état. Dès lors le mari n'avait pas besoin de le désavouer. Il n'avait pas même besoin de contester son état, puisque l'enfant n'avait pas d'état. Que s'il intentait une action, ce ne pouvait, en aucun cas, être l'action en désaveu. Donc il n'y avait pas lieu d'appliquer les brefs délais que la loi ne prescrit que pour le désaveu. Il fallait appliquer le principe élémentaire : pas d'acte de naissance, pas de désaveu.

434. L'enfant est inscrit sous de faux noms, ou comme né de père et mère inconnus. Il ne réclame pas sa filiation, il n'a pas de possession d'état d'enfant légitime. On demande si le père peut le désavouer. Il ne peut pas être question de l'action en désaveu proprement dite, car cette action suppose que la maternité est prouvée par un acte de naissance; et, dans l'espèce, l'enfant n'a aucune filiation maternelle. Il ne pourrait donc invoquer la présomption de paternité établie par l'article 312. Or, conçoit-on que le mari désavoue un enfant dont la maternité même est incertaine?

Cependant une jurisprudence presque unanime admet, en ce cas, le désaveu. Il faut voir avant tout en quel sens et par quelles voies. Un enfant est inscrit sans indication du père, et le nom de la mère, déclaré à l'officier de l'état civil, est faux. Le mari de la femme que l'on prétend être la vraie mère sera-t-il reçu à faire la preuve que cet enfant est né de sa femme, pour le désavouer ensuite? La cour de Paris a décidé l'affirmative, sur les conclusions contraires du ministère public, et l'arrêt a été confirmé par la cour de cassation (1). Un premier point est certain, c'est qu'en supposant que le père puisse agir contre l'enfant, l'action qu'il intenterait ne serait pas une action en désaveu. Si l'enfant réclamait son état, il ne le pourrait qu'en prouvant par témoins sa filiation maternelle ; et la maternité prouvée, le mari serait admis par *tous moyens* à éta-

(1) Arrêt de Paris du 6 janvier 1849 (Dalloz, 1849, 2, 206); arrêt de la cour de cassation du 4 février 1851 (Dalloz, 1851, 1, 117). Voyez, dans le même sens, arrêts de Paris du 4 juillet 1853 (Dalloz, 1853, 2, 202), de la cour de cassation du 24 février 1854 (Dalloz, 1854, 1, 89), de Paris du 21 février 1863 (Dalloz, 1863, 2, 37), confirmé par arrêt de la cour de cassation du 9 mai 1864 (Dalloz, 1864, 1, 409).

blir que cet enfant ne lui appartient pas (art. 223, 325). Que si l'enfant garde le silence, si le mari prend l'initiative, s'il prouve d'abord que l'enfant est né de sa femme, et s'il combat ensuite la présomption de paternité qui résulte de la filiation maternelle, il prend la place de l'enfant ; mais la position des parties reste la même, sauf que le mari est demandeur au lieu d'être défendeur. S'il n'y a pas lieu au désaveu proprement dit quand le mari est défendeur, il ne peut pas non plus y avoir désaveu quand le mari est demandeur : l'exception devient action, et en devenant action elle ne change certes pas de nature.

Ainsi l'action du mari n'est pas un désaveu. Qu'est-ce donc? Ce ne peut être qu'une action en contestation de légitimité. La question est de savoir si le mari peut intenter cette action contre l'enfant qui n'a ni titre ni possession d'état. En principe, l'action par laquelle on conteste l'état d'une personne suppose que cette personne a un état; on ne conteste pas le néant. L'article 322 dit que « nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance. » Cela implique que l'on peut contester l'état de celui qui n'a qu'un acte de naissance, ou qui n'a que la possession d'état ; il a en tout cas un état qui est l'objet de la contestation. Mais celui qui n'a ni possession ni titre n'a pas d'état. Dès lors nous ne voyons pas ce qu'on pourrait lui contester.

Aussi, dans le système de la cour de cassation, le mari doit-il commencer par créer un état à l'enfant, état qu'il détruit ensuite par l'action que la cour appelle improprement désaveu. Mais la question est de savoir si le mari a ce droit. L'enfant contre lequel le mari agit ne réclame pas, il ne réclamera peut-être jamais, car il n'a pour lui aucune des deux preuves qui établissent l'état des personnes; il n'a ni acte de naissance, ni possession d'état. Peut-on agir contre celui qui ne demande rien? contre celui qui ne possède pas ce qu'on veut lui contester? En principe, certes, une pareille action ne se conçoit pas : on repousserait le demandeur par le vieil adage qu'il n'y a pas d'action sans intérêt. Faut-il admettre une exception à ce principe en matière d'état? Ecoutons la cour de cassation.

La cour invoque les articles 312 et 313. Ces articles, dit-elle, donnent au mari l'action en désaveu, « sans la subordonner à la condition que l'enfant désavoué soit en possession de la qualité d'enfant légitime, ou ait du moins été inscrit sur les registres de l'état civil, comme né de la femme mariée. » On voit que la cour part de la supposition que l'action du mari contre l'enfant qui n'a ni titre ni possession est une action en désaveu. Nous venons de démontrer que cela n'est pas. Même en supposant que ce soit un désaveu, cela ne déciderait pas la difficulté. Reste à démontrer que le mari peut rechercher la maternité pour désavouer ensuite l'enfant. Nous disons qu'une pareille action est non recevable, et cela pour plus d'une raison. D'abord faute d'intérêt. La cour de cassation dit que le mari a un intérêt, parce que l'enfant a le droit imprescriptible de réclamer son état en prouvant sa filiation par témoins, ce qui constitue pour le mari une menace toujours subsistante ; il a donc intérêt à agir. Quoi ! un droit que l'enfant pourra exercer constitue pour le mari un intérêt ! Ne faut-il pas, pour agir en justice, un intérêt né et actuel ? Le mari n'a pas cet intérêt, donc il ne peut agir (1). Pourquoi prendrait-il l'initiative, alors que la loi lui permet de se défendre contre l'enfant par *tous moyens*, alors que l'action de l'enfant, si elle est possible, n'est certes pas probable, puisqu'elle est subordonnée à des conditions très-rigoureuses ?

L'arrêt prévoit une autre objection que l'on peut faire à la doctrine qu'il consacre. Si le mari recherche, dans l'espèce, la filiation maternelle de l'enfant, c'est dans le but de contester sa paternité, ou, comme le dit la cour, de désavouer l'enfant. L'action tend donc à faire déclarer l'enfant adultérin. N'est-ce pas contrevenir à l'article 342 ? Non, dit l'arrêt, car toute action en désaveu, lorsque l'enfant est conçu pendant le mariage, a pour effet de faire déclarer l'enfant adultérin. Mais tel n'est pas le but de l'action, l'action a pour objet essentiel le désaveu et non

(1) La cour ajoute, dans l'arrêt de 1864 (voyez plus haut, p. 515, note 1), que les preuves que le mari a peuvent disparaître ou s'affaiblir. Sans doute. Mais cela constitue-t-il un intérêt né et actuel ?

une recherche de filiation adultérine. Cela est vrai de l'action en désaveu proprement dite. Le mari est obligé de l'intenter, puisque l'enfant est en possession de la légitimité par cela seul qu'il a un titre; le mari doit donc agir contre lui pour le déposséder. Mais quand l'enfant n'a pas d'état, où est la nécessité d'agir contre lui, pour l'expulser d'une famille à laquelle il n'appartient pas? Il n'y a pas lieu à désaveu dans ce cas; il n'y a lieu qu'à la contestation de légitimité, et, dans l'espèce, cette action n'est pas fondée sur un intérêt né et actuel. Quel est donc son but, sinon la déclaration d'adultérinité? Que le mari attende l'action de l'enfant. Alors on aura tout le temps d'entamer ce débat scandaleux (1).

Il y a une dernière objection contre le système de la cour de cassation. Ce qu'elle appelle le désaveu du mari est la suite d'une recherche préalable de la maternité. Dans quel but demande-t-il à établir la filiation maternelle de l'enfant? Evidemment pour le rejeter de la famille comme adultérin, ou au moins comme enfant naturel. Or, la jurisprudence de la cour de cassation a consacré la doctrine que la maternité ne peut être recherchée que par l'enfant, qu'on ne peut pas la rechercher contre lui. Vainement, pour échapper à ce principe, dirait-on que l'action du mari est un désaveu. Nous répétons que cela n'est pas exact. D'ailleurs y eût-il désaveu, il ne peut être exercé qu'après une recherche de maternité qui se fait contre l'enfant. Il reste donc vrai de dire que le mari recherche la maternité naturelle contre l'enfant.

§ II. *A qui appartient l'action en désaveu.*

435. En général, tous ceux qui y ont intérêt peuvent intenter les actions concernant l'état des personnes. C'est l'application du droit commun. La loi y déroge pour l'action en désaveu. Cette action n'appartient, en principe,

(1) Voyez, en ce sens, un arrêt de Dijon du 13 août 1840 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 134).

qu'au mari; c'est lui seul que le code nomme dans les articles 312, 313, 314, 316. L'action ne passe pas même de plein droit à ses héritiers : ceux-ci ne peuvent l'exercer, aux termes de l'article 317, que si le mari est mort avant d'avoir fait sa réclamation, mais étant encore dans le délai utile pour la faire. Il résulte de là que le code entend restreindre l'action au mari et à ses héritiers. Cet esprit restrictif de la loi résulte encore de l'article 315, qui accorde l'action en contestation de légitimité à toute partie intéressée. Enfin Locré nous apprend que la commission chargée de présenter le premier projet avait proposé de donner l'action à tous ceux qui y auraient intérêt. Cette rédaction fut changée pour limiter le droit de désaveu aux seuls héritiers du mari, ce qui exclut toutes les autres parties intéressées (1). Quelle est la raison de ce principe spécial à l'action en désaveu? Il se fonde sur la nature même de cette action. Elle tend à contester la paternité, alors que l'enfant est conçu ou né pendant le mariage, et qu'il prouve sa conception ou sa naissance par un acte inscrit sur les registres. Toutes les probabilités sont pour cet enfant; le mari seul peut savoir si la présomption de légitimité est en opposition avec la réalité des choses. Si lui n'agit point, son silence témoigne pour l'enfant, et quand le mari reconnaît sa légitimité, personne ne doit avoir le droit de la contester. Il est vrai que cette reconnaissance tacite du mari profitera parfois à un enfant naturel, ou même adultérin. Mais la loi préfère la fiction de la légitimité à l'éclat d'un procès qui tend à déclarer un enfant naturel ou adultérin.

436. De là suit que les créanciers du mari ne peuvent pas intenter en son nom l'action en désaveu. Tout le monde est d'accord sur ce point. L'article 1166, qui autorise les créanciers à exercer les droits et actions de leur débiteur, excepte ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. Nous verrons, au titre des Obligations, que la loi entend par là les droits moraux et ceux dans

(1) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, p. 56, 57. Locré, *Esprit du code civil*, t. IV, p. 73.

lesquels l'élément moral l'emporte sur l'intérêt pécuniaire. Or, le désaveu est essentiellement un droit moral : cela décide la question.

De là suit encore que si le mari est interdit, son tuteur ne peut pas intenter l'action en désaveu. Cela nous paraît si évident que nous ne comprenons pas que la question soit vivement controversée. Un arrêt de la cour de Colmar l'a décidée contre le tuteur; la décision a été cassée (1). Depuis elle a été traitée par un jurisconsulte éminent, dont la science regrettera toujours la mort prématurée, M. Dupret, professeur à l'université de Liége (2). La question est épuisée; nous la résumerons en quelques mots.

L'article 509 dit que l'interdit est assimilé au mineur, pour sa personne et pour ses biens, et que les lois sur la tutelle des mineurs s'appliquent à la tutelle des interdits. Or, d'après l'article 450, le tuteur représente le mineur dans tous les actes civils. A première vue, cette disposition paraît trancher la difficulté : comme le dit la cour de cassation, l'interdit est censé exercer les actions lui-même, lorsqu'elles sont intentées par son représentant légal. La règle posée par l'article 450 est générale et aucune loi n'y fait exception. Telle est la base de la doctrine qui accorde au tuteur tous les droits du mineur ou de l'interdit. N'est-ce pas une façon un peu mécanique d'interpréter les lois? Ne faut-il pas avant tout voir quel est le but de l'interdiction, quelle est la mission du tuteur de l'interdit? Puis ne faut-il pas tenir compte de la nature particulière de l'action en désaveu? Quand on laisse là l'écorce de la loi et que l'on pénètre dans son esprit, les doutes disparaissent et la vérité éclate avec évidence. Nous l'avons dit ici même, à l'occasion d'une question analogue, l'interdiction a pour but essentiel de sauvegarder les intérêts pécuniaires de l'aliéné : cela est si vrai que si l'aliéné n'a pas de fortune, l'interdiction n'a plus de raison d'être (3).

(1) Arrêt de Colmar du 21 janvier 1841, et arrêt de la cour de cassation du 24 juillet 1844 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 115).

(2) Dupret, dans la *Revue de droit français et étranger*, de Fœlix, 1844, 1, 725. Voyez, en sens contraire, Demolombe, t. V, p. 117 et suiv., n°s 116-118.

(3) Voyez, plus haut, p. 258, n° 216, et le tome II de mes *Principes*, p. 360, n°s 286-288.

Quand donc la loi confie au tuteur l'exercice des droits de l'interdit, il s'agit de ses intérêts pécuniaires. Les droits moraux, c'est l'interdit qui les exerce, malgré l'interdiction, s'il a des intervalles lucides pendant lesquels il puisse les exercer. C'est ainsi que la cour de cassation reconnaît à l'interdit le droit de se marier. Si l'interdit est marié, est-ce le tuteur qui exercera la puissance maritale, la puissance paternelle? Non, ce sont là des droits moraux auxquels le tuteur reste étranger. Il y a donc des droits que le tuteur n'exerce pas, malgré les termes généraux de l'article 450. Il n'a aucune mission de les exercer, puisqu'ils ne concernent pas les intérêts pécuniaires de l'interdit (1).

Le désaveu ne serait-il pas un de ces droits moraux que le tuteur n'a aucune qualité d'exercer? C'est une faculté que la loi accorde au mari, faculté dont le mari usera ou n'usera pas, selon sa conscience, et ajoutons selon son indulgence. Le tuteur peut-il représenter ici l'interdit? Il faudrait pour cela que les deux personnes n'en fissent qu'une seule, que l'âme du tuteur absorbât l'âme de l'interdit. Ce n'est certes pas là ce que veut dire l'article 450. La personnalité ne se communique point, dès lors les droits qui tiennent à la conscience ne peuvent pas se communiquer. On dira que nous prouvons trop, que la loi donne l'action aux héritiers, que si les héritiers peuvent l'exercer, le tuteur le peut aussi. La réponse à l'objection est facile; les héritiers n'ont l'action qu'à titre de droit pécuniaire et dans le cas seulement où le mari décède étant dans le délai utile pour faire sa réclamation, donc dans la supposition qu'il l'aurait faite s'il avait sur-

(1) A l'appui de notre doctrine, nous citerons les motifs de l'arrêt rendu par la cour de cassation de Belgique sur la question de savoir si le tuteur d'un interdit peut demander le divorce en son nom. « Le demandeur, dit l'arrêt du 11 novembre 1869, argumente en vain du mandat donné au tuteur par les art. 450 et 509; en effet, les soins de la personne se bornent à la surveillance, à l'entretien de l'interdit, aux mesures à prendre pour adoucir son sort et accélérer sa guérison. Quant aux actes où l'interdit est représenté par son tuteur, ils se rapportent surtout à l'administration de ses biens. La représentation d'une personne par une autre n'étant qu'une fiction, doit être appliquée d'une manière restrictive. » (*Belgique judiciaire,* 1869, p. 1501).

vécu. C'est, en définitive, une disposition exceptionnelle, et tous les éléments de cette exception font défaut quand il s'agit d'un interdit. Le tuteur sait-il par hasard qu'en désavouant il répond à la pensée de l'interdit? Cela seul décide la question.

On objecte que si l'on refuse au tuteur le droit de désaveu, on anéantit ce droit, les preuves disparaissant avec le temps. Nous pourrions nous contenter de répondre que l'objection s'adresse au législateur. Il y a encore une autre réponse à faire dans la doctrine inaugurée par la cour de cassation. Elle reconnaît à l'interdit le droit de se marier; dès lors ne faut-il pas lui accorder les droits qui dérivent du mariage, en tant qu'ils sont compatibles avec son état? S'il a capacité de se marier, il doit avoir capacité de désavouer l'enfant qui ne lui appartient pas. Nous l'avons décidé ainsi pour le divorce (n° 216); il en doit être de même du désaveu.

437. L'article 317 porte : « Si le mari est mort avant d'avoir fait sa réclamation, mais étant encore dans le délai utile pour la faire, les héritiers auront deux mois pour contester la légitimité de l'enfant. » Il résulte de cette disposition que les héritiers n'ont pas l'action de leur chef; ils ne l'ont que comme représentants du mari, et parce que l'on suppose que le mari, s'il avait survécu, aurait peut-être désavoué l'enfant. « Le droit du mari, dit Duveyrier, doit nécessairement passer à ses héritiers, par l'effet de la transmission héréditaire. Mais ce droit ne peut passer aux héritiers que dans le temps où il peut encore exister (1). » Si donc le mari a renoncé à son droit (n° 377), le droit n'existant plus, les héritiers ne le trouvent plus dans l'hérédité, et par suite ils ne peuvent pas désavouer l'enfant.

L'action passe aux héritiers. Est-ce l'action telle que le mari la possédait? Non; dans les mains du mari, l'action était essentiellement morale; elle a des effets quant aux biens, mais il se peut aussi qu'aucun intérêt pécuniaire n'y soit attaché. L'action change de nature en passant

(1) Duveyrier, Discours, n° 19 (Locré, t. III, p. 129).

aux héritiers; de morale qu'elle était, elle devient pécuniaire. Cela résulte du texte même de l'article 317, car il ajoute : « A compter de l'époque où l'enfant se serait mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession. » La loi ne donne donc l'action aux héritiers que pour sauvegarder leurs intérêts pécuniaires, donc dans leurs mains l'action devient pécuniaire. C'est l'application d'un principe général en matière d'état (n° 429). De là suit que l'action des héritiers est régie par les principes qui régissent les droits patrimoniaux; leurs créanciers peuvent l'exercer, tandis que les créanciers du mari n'ont pas ce droit.

438. Du principe que l'action en désaveu passe aux héritiers à titre de droit pécuniaire, suit que tous les successeurs universels peuvent l'exercer. Elle passe avec le patrimoine à tous ceux qui recueillent le patrimoine. Cela nous paraît si évident que nous croyons inutile de recourir aux travaux prépatoires pour le démontrer (1). Il est vrai que le mot *héritiers*, dont la loi se sert, a quelquefois une signification restreinte, et ne désigne que les parents légitimes. Mais le plus souvent le code emploie ce mot comme synonyme de successeurs universels; et il suffit de réfléchir à la nature de l'action en désaveu, quand elle appartient aux héritiers, pour se convaincre que tous ceux qui succèdent aux droits du défunt succèdent aussi à l'action en désaveu. C'est un droit pécuniaire; il fait partie intégrante de la succession du défunt; il appartient donc à tous ceux qui recueillent cette succession. Qu'importe qu'ils soient parents légitimes ou successeurs irréguliers? légataires universels ou successeurs *ab intestat?* donataires par contrat de mariage ou héritiers? Ce n'est pas un droit de famille qu'ils exercent, c'est un droit pécuniaire. Ceux qui succèdent aux droits du défunt succèdent à l'action en désaveu; ceux qui ne sont pas successeurs universels, les légataires, les donataires à titre

(1) On peut voir ces détails dans Demolombe, t. V, p. 125-128, n°s 123-130.

particulier n'y succèdent pas. C'est l'opinion commune; elle ne peut donner lieu à une difficulté sérieuse.

Puisque l'action appartient aux héritiers en leur qualité de successeurs universels, il en faut conclure que s'ils renoncent à l'hérédité, ils renoncent par cela même à l'action en désaveu. Par contre, s'ils l'acceptent et s'ils vendent leur droit héréditaire, l'acheteur peut exercer le désaveu. Car le désaveu n'a plus aucun caractère moral ni d'ordre public dans les mains de l'héritier; c'est un droit patrimonial qui passe à l'acheteur avec l'hérédité où il se trouve.

439. L'application de l'article 317 donne lieu à de sérieuses difficultés. On demande d'abord si les héritiers doivent attendre que l'enfant les trouble dans leur possession, soit en se mettant en possession des biens du mari, soit en intentant une action en pétition d'hérédité contre les héritiers? Ou peuvent-ils agir avant d'être troublés? La doctrine et la jurisprudence distinguent. Si l'enfant a un acte de naissance ou la possession d'état, les héritiers pourront le désavouer, quand même il ne réclamerait aucun droit d'hérédité. L'enfant appartient, dans ce cas, à la famille, il importe de l'en chasser, parce que d'un jour à l'autre il peut réclamer ses droits; les héritiers sont donc toujours menacés, et s'ils devaient attendre que l'enfant agît contre eux, pour le rejeter de la famille, leurs preuves pourraient se perdre et par suite leur action périrait. Ils ont donc un intérêt à agir immédiatement; l'article 317 ne s'y oppose pas; il dit bien que la prescription ne court contre les héritiers qu'à partir du moment où leurs droits pécuniaires sont compromis, il ne dit pas qu'il ne peuvent agir avant tout trouble (1). Mais si l'enfant n'a ni titre ni possession, s'il est inscrit sous de faux noms, ou comme né de père et mère inconnus, dans ce cas, il n'a pas d'état, il ne menace pas les héritiers; leurs droits pécuniaires n'étant pas compromis, ils n'ont aucun intérêt à agir, car leur intérêt est un intérêt pécu-

(1) Arrêt de Liége du 12 fructidor an XIII, confirmé par arrêt de la cour de cassation du 25 août 1806 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 151).

niaire, donc il doit être né au moment où ils intentent l'action; or, à ce moment l'enfant les menace si peu, que ce sont eux, les héritiers, qui devraient commencer par rechercher sa filiation, pour l'expulser ensuite de la famille en le désavouant. Ne serait-ce pas une action sans intérêt, partant non recevable? Ne serait-ce pas une recherche de la maternité, naturelle ou adultérine, recherche que le code prohibe quand la filiation est adultérine (art. 342), que la jurisprudence repousse dans tous les cas, quand la maternité est recherchée contre l'enfant (1)?

A notre avis, il y a plus d'une erreur dans cette doctrine, sans parler des contradictions. Nous n'admettons pas que les héritiers aient le droit d'agir alors qu'ils ne sont pas troublés. Leur intérêt n'est jamais qu'un intérêt pécuniaire; il faut donc leur appliquer dans toute sa rigueur la règle qu'il n'y a pas d'action sans intérêt; cet intérêt doit être né et actuel, ce qui n'a lieu que si l'enfant se met en possession des biens du mari, ou s'il trouble les héritiers dans cette possession. Il ne suffit pas que l'enfant ait un titre ou la possession d'état, pour que les héritiers aient un intérêt actuel à agir; ce qui prouve, au contraire, qu'ils n'ont aucun intérêt, c'est que l'enfant ne réclame rien contre eux, malgré son titre ou sa possession. Il pourra, il est vrai, réclamer un jour, mais cette éventualité peu probable n'est pas un intérêt né, présent : le danger que les preuves ne dépérissent ne constitue pas davantage un intérêt actuel. Les héritiers ont contre eux l'esprit de la loi aussi bien que son texte. La loi ne leur donne qu'à regret, comme on l'a dit, l'action en désaveu, elle la leur refuse comme droit moral; dès lors ils ne peuvent agir que si leur intérêt est réellement compromis. Qu'ils ne viennent donc pas troubler les familles, soulever des débats scandaleux, déshonorants pour la mère et pour l'enfant, par la seule raison qu'il leur convient de prévenir une action peu probable que l'enfant pourra intenter!

(1) Arrêt de la cour d'Angers du 21 mai 1851, confirmé par arrêt de la cour de cassation du 5 avril 1854 (Dalloz, 1853, 2, 23; 1854, 1, 93).

Nous disons que la doctrine consacrée par la jurisprudence est contradictoire. Elle donne au mari le droit d'agir alors même que l'enfant est sans titre ni possession, par la raison que cet enfant pourra toujours réclamer son état, et elle refuse ce droit à ses héritiers. La distinction ne repose sur aucun principe. En effet, l'action passe aux héritiers telle que le mari l'avait, sauf que de morale qu'elle était, elle devient pécuniaire. Si le mari peut agir immédiatement, pour écarter un danger futur, les héritiers, étant menacés du même danger, doivent avoir le même droit. L'élément moral du désaveu est ici hors de cause ; dès lors l'action des héritiers ne diffère en rien de celle du mari; elle doit donc être régie par les mêmes principes. A vrai dire, il ne s'agit pas du désaveu proprement dit, comme nous croyons l'avoir démontré. Il s'agit d'une contestation de légitimité. Si le mari a le droit de prendre l'initiative de cette contestation, pourquoi ses héritiers ne l'auraient-ils pas? Nous le refusons au mari et, par identité de raison, aux héritiers.

440. L'article 317 énumère deux cas dans lesquels l'enfant compromet les intérêts pécuniaires des héritiers. Quand il se met en possession des biens du mari, il n'y a aucun doute; la loi ajoute : ou quand il trouble les héritiers dans cette possession. Il s'agit d'un trouble de droit, c'est-à-dire d'une prétention que l'enfant manifeste sur les biens délaissés par le mari, biens qui sont possédés par les héritiers; car c'est dans la possession des biens que, selon le texte, les héritiers doivent être troublés. La cour de cassation a décidé qu'il y a trouble lorsque l'enfant, dans un acte judiciaire ou extrajudiciaire, notifie aux héritiers légitimes ses prétentions à la légitimité, et par conséquent à sa part héréditaire dans les biens du mari; qu'il n'est pas nécessaire que l'enfant intente une action directe contre les héritiers, en partage des biens. En effet, la loi ne l'exige pas. Dans l'espèce, c'était la mère de l'enfant qui, en sa qualité de tutrice, avait notifié les prétentions de l'enfant à ses frères et sœurs légitimes. C'était évidemment un trouble qui mettait les hé-

ritiers en demeure de rejeter l'enfant de la famille (1). Les héritiers sont encore troublés quand l'enfant fait rectifier l'acte de naissance et notifie aux héritiers le jugement de rectification, avec injonction de lui délaisser les biens de son père. Dans ces termes, la chose est si évidente que l'on ne conçoit pas que la question ait été portée devant la cour de cassation; mais ce qui la compliquait, c'est que les héritiers étaient parties dans l'instance en rectification, et qu'ils avaient interjeté appel du jugement; on pouvait dire que par l'appel le jugement perdait ses effets, que par suite le trouble était comme non avenu. Mais le trouble résultait moins du jugement que de la notification par laquelle l'enfant réclamait une partie des biens (2). Il faudrait même aller plus loin; une action en rectification dirigée contre les héritiers, avec conclusion de délaisser au réclamant les biens du mari, serait un trouble, puisque la demande attaque et compromet les droits des héritiers sur les biens du défunt. Mais si les héritiers n'étaient pas mis en cause, il n'y aurait de trouble que si l'enfant leur notifiait le jugement de rectification.

441. L'action que la loi donne aux héritiers ne diffère en rien de celle qui appartient au mari, sauf qu'elle est pécuniaire. C'est un désaveu, et par conséquent il faut appliquer tous les principes qui régissent le désaveu. Il est vrai que l'article 317 dit que les héritiers ont deux mois pour *contester la légitimité de l'enfant*, au lieu de dire que les héritiers pourront *désavouer* l'enfant; mais ce même article se sert aussi, en parlant de l'action du mari, du mot vague de *réclamation*. Il est certain que c'est l'action du mari qui passe aux héritiers, ils l'ont donc sous les mêmes conditions et avec les mêmes effets. Si l'enfant est conçu avant le mariage, ils ont le droit absolu de le désavouer (art. 314); si l'enfant est conçu pendant le mariage,

(1) Arrêt de cassation du 21 mai 1817, et sur le renvoi, arrêt dans le même sens de la cour d'Orléans du 6 février 1818 (Dalloz, au mot *Paternité*, nº 145, 2º).

(2) Arrêt de cassation du 31 décembre 1834, et sur renvoi, arrêt de Grenoble du 5 février 1836 (Dalloz, au mot *Paternité*, nº 145, 3º).

ils peuvent le désavouer en prouvant l'impossibilité physique ou morale de cohabitation (art. 312 et 313). Ce dernier point a donné lieu à une légère difficulté. Le mari seul peut dénoncer l'adultère de sa femme; de là Proudhon a conclu que si le désaveu est fondé sur l'adultère, les héritiers ne peuvent exercer l'action, à moins que la femme n'ait été condamnée pour adultère sur la plainte du mari. Cette opinion, bien qu'ingénieuse, n'a pas trouvé faveur. Les héritiers qui désavouent, dans le cas prévu par l'article 313, doivent, à la vérité, prouver l'adultère, mais ils ne le dénoncent pas, ils ne poursuivent pas la condamnation de la femme, dès lors il n'y a pas lieu d'appliquer les principes qui régissent la poursuite de l'adultère. C'est l'état de l'enfant qui est seul l'objet de la demande (1). Seulement les héritiers doivent faire toutes les preuves que la loi exige pour établir l'impossibilité morale de cohabitation; ils sont, sous ce rapport, absolument assimilés au mari (2).

442. La loi n'accorde l'action en désaveu qu'au mari et à ses héritiers. Comme elle est restrictive, il en résulte que la mère n'a pas le droit de désavouer l'enfant. Le désaveu porte sur la paternité, alors que la maternité est certaine : l'action de la mère tendrait donc à faire déclarer son enfant naturel ou adultérin, en s'accusant elle-même d'adultère ou de concubinage ; le législateur n'a pas pu admettre une action aussi immorale. Par la même raison, l'enfant n'a pas le droit de rejeter la paternité que lui donnent le mariage et l'acte de naissance qui constate sa filiation maternelle. Il est cependant arrivé qu'un enfant a essayé d'abdiquer sa légitimité légale et non contestée, pour réclamer une filiation adultérine, dans la vue d'obtenir de plus grands avantages pécuniaires; la cour de Rouen a repoussé cette scandaleuse demande, comme contraire aux lois, aux mœurs et à tout sentiment de pudeur, dans son but comme dans ses résultats (3).

(1) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, p. 55, et la critique de Valette, p. 56, note *a*.

(2) Arrêt d'Aix du 11 janvier 1859 (Dalloz, 1859, 2, 85).

(3) Arrêt du 6 juin 1820 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 104).

Il suit du même principe que les enfants légitimes n'ont pas l'action en désaveu, en leur qualité d'enfants, pas plus que les autres parents ne l'ont à titre de parenté. Mais ils l'ont s'ils sont héritiers. L'action qu'ils intenteraient serait certes immorale, puisqu'elle tendrait à flétrir leur mère et à déshonorer leur père; ce serait donc, en quelque sorte, leur propre honte, la honte de la famille que les enfants demanderaient à constater en justice. Mais leur droit est incontestable. Cela prouve qu'il ne faut pas prendre au pied de la lettre les considérants de l'arrêt que nous venons de rapporter. La demande, dans l'espèce, serait fondée sur la loi; donc, quelque scandaleuse, quelque immorale qu'elle fût, elle devrait être reçue (1). La mère même pourrait agir si elle était successeur irrégulier de son conjoint; l'action serait encore plus immorale et néanmoins elle serait légalement recevable.

§ III. *Compétence.*

443. L'action en désaveu doit être portée devant le tribunal du domicile du défendeur. Mais quel est le défendeur? L'article 318 semble décider la question en disant que l'action doit être dirigée contre un tuteur *ad hoc* donné à l'enfant; c'est donc le tuteur qui est le défendeur, a-t-on dit, et par conséquent c'est devant le tribunal de son domicile que l'action doit être intentée (2). La cour de Liége l'a décidé ainsi, mais son arrêt a été cassé par la cour de cassation de Bruxelles, et la cour de Gand, devant laquelle l'affaire a été renvoyée, s'est rangée à l'avis de la cour suprême (3). Nous croyons que ces derniers arrêts consacrent la vraie doctrine. Ce n'est pas le tuteur qui défend à l'action en désaveu, il n'est que le

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, p. 69, n° 70.
(2) Arrêts de Caen du 18 mars 1857 (Dalloz, 1857, 2, 94), et de Liége du 7 décembre 1854 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 106).
(3) Arrêt de cassation du 6 mars 1856, et arrêt de Gand du 7 août 1856 (*Pasicrisie*, 1856, 1, 181; 1857, 2, 99).

mandataire, pour mieux dire, le protecteur que la loi donne à l'enfant. Le vrai défendeur, c'est l'enfant; cela est de toute évidence. Donc la question est de savoir quel est le domicile de l'enfant. En principe, l'enfant a le domicile de son père; il ne perd pas ce domicile par le seul fait qu'une action en désaveu est intentée contre lui; car ce n'est pas l'action qui le rejette de la famille, c'est le jugement. Le domicile légal est-il changé quand un tuteur *ad hoc* est nommé à l'enfant? Telle est la question. Nous n'hésitons pas à répondre négativement. Le tuteur *ad hoc* n'est pas le représentant de l'enfant, c'est un protecteur spécial dont l'unique mission est de défendre les intérêts de l'enfant; cette tutelle spéciale ne peut donc pas avoir d'influence sur le domicile du mineur, car ce n'est pas une véritable tutelle; il n'y a ni subrogé tuteur, ni hypothèque légale: il n'y a rien donc qui caractérise la tutelle. Donc le mineur conserve le domicile du père. Ce qui décide la question.

§ IV. *Délais dans lesquels l'action doit être intentée.*

N° 1. DURÉE DES DÉLAIS.

444. L'article 316 porte : « Dans les divers cas où le mari est autorisé à réclamer, il devra le faire dans le mois, s'il se trouve sur les lieux de la naissance de l'enfant; dans les deux mois après son retour, si, à la même époque, il est absent ; dans les deux mois après la découverte de la fraude, si on lui avait caché la naissance de l'enfant. » Quels sont les motifs pour lesquels la loi prescrit des délais aussi courts? Bigot-Préameneu répond que la loi a consulté le cœur humain. « Le sentiment naturel du mari, dit-il, qui a des motifs suffisants pour désavouer un enfant qu'il croit lui être étranger, est de le rejeter sur-le-champ de la famille : son devoir, l'outrage qu'il a reçu, tout doit le porter à faire sur-le-champ éclater sa plainte. S'il diffère, il s'entend appeler du nom de père, et son silence équivaut à un aveu formel en faveur de l'enfant : la qua-

lité de père que l'on a consenti une fois à porter est irrévocable. » Duveyrier donne la même raison, il importe de la noter : « Un père qui a souffert près de lui, dans sa maison, sans peine et sans répugnance, ou qui a connu sans indignation l'existence d'un enfant que la loi et la société appellent son fils, est raisonnablement supposé n'avoir pas reçu d'offense ou l'avoir pardonnée; et dans tous les cas, la loi, comme la raison, préfère le pardon à la vengeance (1). »

Que faut-il entendre par l'expression *sur les lieux* et par le mot *absent* qui lui est opposé? Toullier dit que c'est à dessein que le législateur s'est servi de cette expression vague *sur les lieux* pour désigner la distance à laquelle on peut ou non ignorer des faits qui intéressent aussi vivement le mari que la grossesse d'une épouse et la naissance d'un enfant. Quant à l'absence, il va sans dire que celui qui est absent dans le sens légal du mot ne peut pas réclamer, puisqu'il y a incertitude sur sa vie; dans l'article 316, l'absence est synonyme d'éloignement; celui qui n'est pas sur les lieux est absent. Toullier remarque avec raison que la distance à laquelle il y a éloignement est une question de fait. Le mari qui n'habite pas la commune où est la femme n'est pas sur les lieux; cependant si le lieu où il réside est voisin, si les communications sont faciles, il ne peut raisonnablement ignorer les événements qui arrivent dans sa famille (2). On a demandé comment se calcule le retour. Un arrêt de la cour de Paris décide que le délai, en cas d'absence, ne commence à courir que du moment où le mari est revenu sur les lieux de la naissance de l'enfant ou du domicile conjugal (3). Il nous semble que, dans l'esprit de la loi, il faut considérer le mari comme étant de retour quand il est revenu aux lieux où réside la femme. Le domicile de droit serait celui du mari, mais le domicile peut être très-éloigné de la résidence de la femme, et l'on y peut ignorer le fait de la naissance de l'enfant ;

(1) Exposé des motifs, n° 14 (Locré, t. III, p. 88). Duveyrier, Discours, n° 18 (*ibid.*, p. 128).
(2) Toullier, *Le droit civil français*, t. II, n° 839, p. 87.
(3) Arrêt de Paris du 9 août 1813 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 135).

or, pour que le délai puisse courir, il faut au moins qu'il soit probable que le mari a connaissance des faits. Quant au lieu où l'enfant est né, il peut être tout à fait accidentel, et la femme peut y être inconnue aussi bien que le mari.

Le délai est aussi de deux mois en cas de fraude; l'article 316 nous dit que la loi entend par là le fait de la femme de cacher la naissance de l'enfant. Donc le délai ne commence à courir que du jour où le mari acquiert la connaissance certaine de la maternité; ce qui est également une question de fait. La cour de Rouen a décidé qu'une demande en rectification de l'acte de naissance dirigée par l'enfant contre le mari ne faisait pas courir le délai, parce que cet acte ne donnait pas au mari une connaissance suffisante de la maternité, à raison des circonstances de la cause; l'arrêt a été confirmé par la cour de cassation (1).

445. Si le mari n'est pas sur les lieux ou si la naissance lui a été cachée, le délai dans lequel il doit réclamer est de deux mois, et il commence à courir à partir du retour ou de la découverte de la fraude. On demande si c'est au mari à prouver qu'il est encore dans le délai? La doctrine est sur ce point en désaccord avec la jurisprudence. Duranton, Zachariæ, Demolombe enseignent que le mari, étant demandeur, doit prouver qu'il est dans le délai exceptionnel que la loi lui accorde, quand il est absent ou que la naissance de l'enfant lui a été cachée (2). La cour de cassation, au contraire, rejette la preuve sur le défendeur, c'est-à-dire sur le tuteur *ad hoc* (3). A notre avis, la jurisprudence a consacré les vrais principes. Il n'est pas exact de dire que le mari invoque une exception; la loi détermine le délai d'après les circonstances : il est d'un mois quand le mari se trouve sur les lieux, de deux mois quand il est absent ou que la naissance lui a été

(1) Arrêt de la cour de cassation du 25 janvier 1831 (Dalloz, au mo- *Paternité*, n° 45, p. 176). Comparez, dans le même sens, arrêt de Dijon du 6 janvier 1865 (Dalloz, 1865, 2, 32).

(2) Duranton, t. III, p. 82, n° 86. Zachariæ, t. III, p. 647, note 15. Demolombe, t. V, p. 136, n° 144.

(3) Arrêt du 14 février 1854 (Dalloz, 1854, 1, 89).

cachée. Il n'y a là ni règle ni exception, il y a trois dispositions différentes pour trois cas différents. La question est donc celle-ci : faut-il que, dans ces trois cas, le mari prouve qu'il est dans le délai utile? En principe, celui qui intente une action n'a qu'une chose à prouver, le fondement de sa demande. Or, le délai dans lequel la demande doit être formée n'en est pas le fondement; il en résulte seulement une exception qui peut être opposée par le défendeur. Par application de ce principe, il faut décider que le mari n'a pas à prouver qu'il est dans le délai; c'est au défendeur qui lui oppose l'exception de prescription, ou la déchéance résultant de l'expiration du délai, à prouver qu'il est expiré.

446. Nous disons qu'il y a déchéance si le mari n'agit pas dans le délai légal. L'arrêt de la cour de cassation que nous venons de citer le décide ainsi; et cela ne peut faire l'objet d'un doute. Le texte de l'article 316 est impératif, il dit que le mari *devra* réclamer. S'il ne réclame pas de suite, son silence est considéré comme un aveu de sa paternité; c'est ce que disent les orateurs du gouvernement et du Tribunat. Cela décide la question. La déchéance est-elle encourue si le mari n'a pas agi, parce qu'il ignorait la naissance de l'enfant, bien qu'elle ne lui ait pas été cachée? Le cas peut se présenter quand le mari est absent; si l'absence a duré pendant des années, il peut ignorer l'existence de l'enfant, bien que la naissance ait eu la publicité ordinaire. A son retour, il n'apprend pas dans les deux mois l'existence de l'enfant. Sera-t-il déchu? D'après le texte, il faut répondre affirmativement. En effet, l'article 316 est absolu, et l'interprète ne peut pas introduire dans le texte une distinction qui ne s'y trouve pas. Toutefois, il nous semble qu'il faut admettre une restriction à cette opinion : si à son retour on ne fait pas connaître l'existence de cet enfant au mari, ne pourra-t-il pas soutenir que la naissance lui a été cachée? Qu'importe que lors de l'accouchement il n'y ait pas eu de recel, alors qu'à raison de son éloignement il ne pouvait pas en avoir connaissance? A son égard, il y a fraude dès qu'on lui a caché l'existence de l'enfant au moment où

il aurait pu et dû l'apprendre. La question est plus délicate quand le mari est sur les lieux, mais que les époux vivent séparés soit de fait, soit en vertu d'un jugement. Dans ce cas, le mari peut aussi ignorer la naissance et l'existence de l'enfant, quoiqu'il n'y ait eu aucune fraude. Par cela même, le mari est déchu. Cela est contraire à l'esprit de la loi, puisque le silence du mari est un aveu; or, l'aveu ne se conçoit pas si le mari ignore qu'il ait un enfant. Il y a lacune dans le code. En France, elle a été comblée, pour la séparation de corps, par la loi du 6 décembre 1850; et sous l'empire de cette loi, il a été jugé que lorsque le mari ignore la naissance de l'enfant, le délai du désaveu ne court que du jour où il en a acquis la connaissance certaine (1).

447. Le mari peut-il désavouer l'enfant avant sa naissance? Un arrêt de la cour de Liége a décidé la question affirmativement, et tel est aussi l'avis de Zachariæ. Nous croyons avec M. Demolombe que c'est une erreur. « Aucune loi, dit la cour de Liége, ne défend à un époux qui voit sa dernière heure approcher de désavouer l'enfant qui est encore dans le sein de sa mère, et pareil désaveu n'a été frappé d'aucune nullité. » Non, il n'y a pas de loi qui le défend, mais les principes les plus élémentaires de droit le défendent. Le désaveu est une action judiciaire, et peut-on agir contre celui qui n'existe pas? Or, l'enfant conçu n'est pas encore une personne. Il est vrai qu'une fiction le considère comme né quand il s'agit de ses intérêts. Mais la fiction doit être renfermée dans les limites pour lesquelles elle est établie : on ne peut pas l'invoquer contre l'enfant conçu. Cela décide la question.

Faut-il que l'enfant réclame ses droits pour que les délais courent? La cour de cassation a jugé que l'action en désaveu peut être exercée contre un enfant qui n'a ni titre ni possession d'état, sans qu'il soit nécessaire d'attendre que cet enfant réclame les droits d'enfant légitime. A notre

(1) Arrêt de la cour de cassation du 9 décembre 1857 (Dalloz, 1858, 1, 132).

(2) Arrêt de Liége du 10 fructidor an XIII (Dalloz, au mot *Paternité*, nº 151). Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. Ier, p. 303. En sens contraire, Demolombe, t. V, p. 150, nº 161.

avis, comme nous l'avons dit plus haut (n° 434), ce cas n'est pas celui du désaveu, c'est le cas d'une action en contestation de légitimité. Quant au désaveu proprement dit, il est évident que le mari ne doit pas attendre la réclamation de l'enfant; la loi ne l'exige pas, et le plus souvent la chose eût été impossible, puisque le désaveu doit se faire dans le mois de la naissance.

448. Aux termes de l'article 318, les héritiers ont deux mois pour contester la légitimité de l'enfant. Les héritiers ont donc un délai de deux mois dans tous les cas où il y a lieu à désaveu, tandis que le mari n'a qu'un mois, s'il est sur les lieux. Cette différence est très-juste. Le mari ne peut pas ignorer le fait de sa paternité, une fois que la maternité est certaine; tandis que les héritiers, étrangers à l'intimité des relations qui existent entre époux, peuvent ne pas connaître les faits; ils doivent avoir un temps moral pour prendre des renseignements et se décider ensuite. Le délai ne court qu'à compter de l'époque où l'enfant s'est mis en possession des biens du mari, ou de l'époque où les héritiers seraient troublés par l'enfant dans cette possession. Nous avons dit plus haut quand il y a trouble (n° 440).

N° 2. DISPOSITIONS GÉNÉRALES CONCERNANT LES DÉLAIS.

449. Les délais sont d'un ou de deux mois. Comment compte-t-on les mois? Lors de la publication du code civil, le calendrier républicain était encore en vigueur, et par suite les mois comprenaient un espace de trente jours. Le calendrier grégorien a remplacé le calendrier républicain; et il est de jurisprudence et de doctrine que les mois se comptent de quantième à quantième, selon le calendrier grégorien, sans que l'on tienne compte de la durée plus ou moins longue des mois (1).

450. Le délai d'un mois ou de deux est-il une prescription, et faut-il appliquer les principes sur les causes

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Mois*. Zachariæ, t. Ier, § 49, p. 110, et notes 11 et 12.

qui suspendent ou qui interrompent la prescription? Tous les auteurs enseignent que le délai dans lequel l'action en désaveu doit être intentée n'est pas une prescription, que par conséquent il n'est pas suspendu par la minorité du mari ou de ses héritiers. Ils disent que c'est un de ces termes fixes dans lesquels un fait juridique doit être accompli sous peine de déchéance (1). La doctrine des délais préfix est très-vague; nous l'examinerons au titre de la Prescription. En cas de désaveu, elle souffre quelque difficulté. Les auteurs du code civil ont prescrit un bref délai, parce qu'ils ont vu dans le silence du mari, à un moment où tout l'engage à protester, un aveu de la paternité. Il ne s'agit donc pas ici d'un simple délai, matériel en quelque sorte, il s'agit de savoir si le mari ou ses héritiers, en gardant le silence, avouent que l'enfant est légitime. Or, l'aveu n'implique-t-il pas la capacité d'avouer? Evidemment. La question se complique donc et il faut demander si le mineur est capable de faire l'aveu de sa paternité. Quand il s'agit du père naturel, la doctrine et la jurisprudence lui accordent le droit d'avouer la paternité par un acte de reconnaissance; à plus forte raison le père légitime doit-il avoir ce droit : capable de se marier, il doit être capable d'avouer comme de désavouer l'enfant né de sa femme; mineur ou non, il doit savoir s'il est le père de cet enfant ou s'il ne l'est pas. Cela décide la question, nous semble-t-il, une fois le principe admis.

La difficulté est plus grande pour les héritiers. Ceux-ci n'agissent que pour sauvegarder un intérêt pécuniaire. Ne faut-il pas en conclure qu'ils sont placés sous l'empire du droit commun? S'ils sont mineurs, il s'agit d'avouer ou de désavouer, non leur paternité, mais celle du mari. Ont-ils la capacité de faire cet aveu? Cela nous paraît très-douteux; car en avouant ils disposent de droits pécuniaires de la plus haute importance. Puisqu'il s'agit de droits pécuniaires, ne faut-il pas dire que c'est à leur tuteur à agir ou à ne pas agir? Et si le tuteur n'agit pas, s'il garde le silence pendant deux mois, n'est-ce pas le cas de dire

(1) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Paternité*, n° 146.

que par cette négligence il n'a pu compromettre les intérêts du mineur, ou en d'autres termes que la prescription n'a pu courir contre eux? Au point de vue des principes qui régissent l'aveu, nous ne voyons pas ce qu'il y aurait à répondre à ces objections. Reste la maxime que les délais préfix n'admettent pas de suspension. Cette règle est-elle aussi absolue qu'on le dit communément? C'est ce que nous examinerons au titre de la Prescription.

Quant à l'interruption de la prescription, elle tend à prolonger indéfiniment le délai donné pour agir. Nous croyons qu'il n'y a pas lieu à interruption du délai établi pour le désaveu; l'article 318 le prouve : il donne un moyen de prolonger le délai; il suppose donc que les règles générales sur la prescription ne sont pas applicables. L'esprit de la loi s'oppose impérieusement à l'application de ces règles. Elle veut que le débat sur l'état de l'enfant qui a pour lui la présomption de paternité soit vidé le plus tôt possible. Dès lors, il ne peut être question d'interrompre la prescription.

451. La loi donne au mari et à ses héritiers un moyen de prolonger d'un mois le délai très-court qu'elle prescrit pour l'exercice du désaveu; ils peuvent désavouer l'enfant par un acte extrajudiciaire; dans ce cas, ils doivent, dit l'article 318, intenter l'action en justice dans le délai d'un mois. Cet acte extrajudiciaire ne tient donc pas lieu d'une demande en justice, il n'a qu'une utilité, c'est de prolonger le délai d'un mois, quand il est fait à l'expiration du délai légal. Qu'est-ce donc que cet acte extrajudiciaire? C'est la manifestation de l'intention qu'a le mari ou son héritier de désavouer l'enfant. Mais pourquoi, au lieu de recourir à un acte extrajudiciaire, n'agissent-ils pas immédiatement en justice? Le désaveu extrajudiciaire a un avantage, c'est qu'il n'engage pas le procès; le mari et ses héritiers peuvent encore réfléchir, changer de volonté, en évitant l'éclat et le scandale qui résultent d'une action en désaveu.

La loi ne dit pas en quoi consiste cet acte extrajudiciaire; tout ce qui résulte du mot *acte*, c'est qu'il faut un écrit, et pour que cet écrit puisse être invoqué comme

prolongeant le délai, il faut qu'il ait date certaine. Il n'est pas même nécessaire qu'il soit signifié; la loi ne l'exige pas, et il n'y a pas de raison pour l'exiger. Tant que le procès n'est pas engagé, la signification serait inutile parce qu'elle n'aurait aucun but. Il suffit, dans l'esprit de la loi, qu'il soit prouvé que le mari ou ses héritiers ont manifesté la volonté sérieuse de désavouer l'enfant, avant l'expiration des délais ordinaires. Les auteurs sont d'accord sur tous ces points (1).

L'article 318 dit que l'acte extrajudiciaire sera comme non avenu, s'il n'est suivi, dans le délai d'un mois, d'une action en justice. C'est l'acte extrajudiciaire seul, comme le dit le tribun Lahary, qui demeure sans effet. De là suit qu'en ce cas on rentre dans le droit commun, d'après lequel le délai est de deux mois pour le mari s'il est absent ou si la naissance lui a été cachée, et toujours de deux mois pour les héritiers. Il se peut donc que le mari ou ses héritiers soient encore dans le délai; ils pourront naturellement en profiter pour intenter l'action. C'est la remarque du rapporteur du Tribunat, qui est reproduite par tous les auteurs (2), et il y a un arrêt de la cour de cassation en ce sens (3).

§ V. *Formes.*

452. L'article 318 veut que l'action en désaveu soit dirigée contre un tuteur *ad hoc* donné à l'enfant, et en présence de sa mère. C'est l'enfant qui est défendeur, c'est donc contre lui que le désaveu est dirigé; mais comme l'action est intentée d'ordinaire immédiatement après la naissance ou du moins pendant la minorité de l'enfant, il fallait lui donner un défenseur. Ce protecteur ne peut être le père, puisqu'il est l'adversaire de l'enfant; ni la mère,

(1) Duranton, t. III, p. 89 et suiv., nos 94, 95. Demolombe, t. V, p. 146, n° 154.

(2) Lahary, Rapport, n° 17 (Locré, t. III, p. 108). Demolombe, t. V, p. 148, n° 158.

(3) Arrêt du 4 avril 1837 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 157).

car il serait possible qu'elle ne voulût pas défendre son enfant; la loi a donc dû veiller à ce que l'enfant eût un représentant qui soutienne ses intérêts. C'est dans ce but qu'il lui est donné un *tuteur spécial.*

453. Par qui ce tuteur spécial est-il nommé? Nous avons émis l'opinion que les tuteurs *ad hoc* doivent être nommés par le tribunal (1). Le conseil de famille n'a qu'une compétence déterminée, il nomme le tuteur ordinaire; dès lors il est sans qualité pour nommer un tuteur spécial dont les fonctions n'ont rien de commun avec la tutelle ordinaire. En cas de désaveu, il y a un motif spécial et, à notre avis, péremptoire, pour ne pas attribuer la nomination du tuteur au conseil de famille; il s'agit de rejeter l'enfant de la famille, comme adultérin ou comme naturel; la famille est donc l'adversaire de l'enfant; sont-ce les adversaires de l'enfant qui lui choisiront un protecteur? Il n'y a qu'une seule disposition dans nos codes qui attribue la nomination des tuteurs spéciaux, dans un cas donné, au conseil de famille, c'est l'article 968 du code de procédure; mais cet article ne prouve-t-il pas que telle n'est pas la règle générale? Ne serait-il pas inutile, si la nomination devait toujours se faire par le conseil (2)?

L'opinion contraire est généralement suivie, elle est consacrée par la jurisprudence. Mais elle donne lieu à des difficultés sur lesquelles les cours et les auteurs sont loin d'être d'accord. De qui ce conseil sera-t-il composé? L'article 407 veut que l'on appelle aux conseils de famille des parents pris dans les deux lignes. Faut-il appliquer cette disposition quand le conseil doit nommer un tuteur *ad hoc* en cas de désaveu? Les uns disent oui, les autres disent non. Ceux-ci veulent écarter les parents paternels, parce que c'est le père ou ses héritiers qui intentent l'action (3).

(1) Voyez le tome II de mes *Principes*, p. 454, n° 342.

(2) C'est l'opinion de Delvincourt, t. Ier, p. 85, note 4, suivi par Valette sur Proudhon, t. II, p. 59, note *a;* Demolombe, t. V, p. 152, n° 166; Ducaurroy, Bonnier et Roustain, t. Ier, p. 447. Il y a un arrêt de Paris en ce sens, du 4 juillet 1853 (Dalloz, 1853, 2, 201), mais rendu dans une espèce où la maternité était incertaine.

(3) Marcadé, t. II, p. 19, art. 318, n° 1. Richefort, t. Ier, n° 71. Il y a des arrêts en ce sens (Dalloz, 1864, 1, 409, note).

Logiquement ils devraient écarter tous les parents, car tous sont intéressés à rejeter l'enfant de la famille : il faudrait donc composer le conseil entièrement d'amis, ce qui aboutirait à un conseil dit de *famille* où il n'y aurait pas un seul membre de la famille! L'opinion la plus logique est certainement celle qui, une fois le conseil déclaré compétent, applique les règles sur la composition des conseils de famille (1). Mais la doctrine admise par la jurisprudence en matière de désaveu soulève une nouvelle difficulté. Elle admet le désaveu, alors que la maternité est incertaine et que l'enfant est sans famille. Comment composera-t-on en ce cas le conseil? La cour de cassation a décidé que l'on doit suivre les règles ordinaires, parce que le mari, en désavouant l'enfant, est tenu de procéder comme si la maternité était certaine (2); la cour est donc obligée de supposer, de feindre une maternité qui en réalité n'existe pas encore, puisque l'action tend à établir la maternité. Cela ne prouverait-il pas que la jurisprudence est engagée dans une fausse voie, et pour ce qui concerne le désaveu et pour ce qui concerne la composition du conseil de famille? Conçoit-on le désaveu, qui est une contestation d'état, alors que l'enfant n'a pas d'état? Conçoit-on un conseil de famille, alors que l'enfant n'a pas de famille?

Il y a une autre difficulté. On ne sait pas par quel juge de paix le conseil sera convoqué. Quand la maternité est certaine, il est certain aussi que l'enfant a pour domicile celui de son père, puisqu'il a pour lui la présomption de paternité, tant que le désaveu n'est pas admis. Mais quel sera son domicile si le mari désavoue un enfant qui n'a ni titre ni possession? Il faut encore une fois une fiction. L'enfant aura pour domicile celui de la mère que le demandeur en désaveu lui attribue, et ce domicile est celui du demandeur lui-même (3) : de sorte que c'est le demandeur qui détermine la compétence du juge de paix et aussi

(1) C'est l'opinion de Toullier, t. II, n° 843; Proudhon, t. II, p. 59; Duranton, t. III, n° 96. Elle est consacrée par la jurisprudence des cours de Belgique. Liége, 5 mai 1853 (Dalloz, 1853, 2, 200); Bruxelles, 24 novembre 1851 (*Pasicrisie*, 1852, 2, 66).

(2) Arrêt de la cour de cassation du 9 mai 1864 (Dalloz, 1864, 1, 409).

(3) Arrêt de la cour de cassation du 24 février 1854 (Dalloz, 1854, 1, 89).

la compétence du tribunal, tout cela en vertu d'une fiction imaginée par la jurisprudence! Cette nécessité de recourir à chaque pas à des fictions, fictions qu'il appartient au législateur seul de créer, ne prouverait-elle pas que la jurisprudence est en dehors de la loi?

454. Si l'enfant est majeur, il nous semble évident qu'il n'y a pas lieu de lui nommer un tuteur. A-t-il besoin d'un protecteur, celui qui peut se protéger lui-même? Cependant l'opinion contraire a trouvé un partisan (1). Il est vrai que l'article 318 est conçu en termes généraux et en apparence absolus; on pourrait donc invoquer le vieil adage qui ne permet pas de distinguer là où la loi ne distingue pas. Nous avons répondu ailleurs que l'on peut et que l'on doit distinguer quand la raison sur laquelle la loi est fondée nous force à y introduire une distinction (2). Dans le cas de l'article 318, la distinction est tellement nécessaire qu'il est inutile d'insister. Et il eût été même inutile de soulever la question, si la même difficulté ne se représentait dans une autre question un peu plus sérieuse.

L'enfant a un tuteur; faut-il néanmoins lui nommer un tuteur spécial? Au premier abord, on est tenté de répondre non : à quoi bon nommer un protecteur à celui qui en a un? Cependant la doctrine et la jurisprudence se prononcent pour l'affirmative (3) et, nous croyons, avec raison; non pas qu'il soit défendu de distinguer là où la loi ne distingue pas, mais parce que, dans l'espèce, la distinction irait contre le but que le législateur a eu en vue. Il a voulu donner un défenseur à l'enfant; or, le plus souvent le tuteur et le subrogé tuteur seront ses adversaires; le père évidemment l'est, ainsi que toute la famille paternelle; la loi elle-même a récusé la mère, les parents maternels sont également intéressés à rejeter l'enfant comme naturel ou adultérin. Il est donc bon qu'il y ait un tuteur *ad hoc* pris en dehors de la famille et désintéressé dans le débat.

455. L'article 318 dit que l'action en désaveu doit être

(1) Richefort, *De l'état des familles*, t. Ier, n° 66.
(2) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 353, n° 278.
(3) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Paternité*, n° 161. Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 76, n° 44 *bis* IV.

dirigée contre le tuteur *ad hoc* donné à l'enfant et en *présence de sa mère*. Bien que l'action ne soit pas intentée contre la mère, elle y est intéressée; elle a l'état de son enfant à défendre et son propre honneur; elle peut d'ailleurs fournir d'utiles renseignements. On demande si la mère doit être mise en cause, sous peine de déchéance, dans le délai d'un mois, prescrit par la loi. La cour de Caen a décidé la question négativement; les motifs qu'elle donne sont si péremptoires que nous ne comprenons pas les hésitations de la doctrine (1). Après avoir soutenu qu'il y a déchéance, M. Demolombe finit par dire que la déchéance n'est peut-être pas suffisamment écrite dans l'article 318 (2). Il faut dire plus : le texte est très-clair, et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute. La loi veut que l'action soit intentée dans un bref délai. Contre qui est-elle dirigée? Contre un tuteur *ad hoc*, dit l'article 318. Est-elle aussi dirigée contre la mère? Du tout, le code se borne à exiger que la mère soit *présente*. Présente à quoi, demande la cour de Caen? Au procès, naturellement. Il faut donc qu'il y ait procès avant qu'on puisse y appeler la mère. Si la mère est présente aux débats quand ils s'ouvrent, cela ne suffit il pas? Si elle n'assistait pas aux enquêtes, celles-ci pourraient être déclarées nulles. L'intérêt de la mère, celui de l'enfant sont, par cela même, sauvegardés. Et ils ne le seraient pas, qu'il faudrait encore décider qu'il n'y a pas de déchéance, car il n'y a pas de déchéance sans texte, et l'article 318 ne prononce certainement pas la déchéance contre le mari ou ses héritiers, si la mère n'a pas été assignée dans le délai prescrit pour l'assignation du tuteur spécial.

456. Le désaveu doit être fait dans un temps très-court, sous peine de déchéance. Il importe donc d'examiner si l'action contre le tuteur *ad hoc* prescrite par l'article 318 peut être remplacée par un acte équivalent. Dalloz se prononce pour l'affirmative, en se fondant sur la jurisprudence (3). Cela nous paraît plus que douteux. Si l'enfant a un

(1) Arrêt du 31 janvier 1836 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 169).
(2) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 154, n° 168.
(3) Dalloz, *Répertoire*, au mot *Paternité*, n°s 173, 174.

titre, il peut invoquer la présomption de paternité établie par l'article 312. Cette présomption ne peut être combattue que par le désaveu, et la loi définit ce qu'elle entend par désaveu, c'est une action dirigée contre l'enfant ou son tuteur spécial. Elle veut de plus que l'action soit intentée dans un bref délai, sous peine de déchéance. Tout est donc ici de rigueur.

Il y a des cas où la jurisprudence elle-même a décidé qu'il n'y avait pas acte équivalent à l'aveu. Le mari demande le divorce pour adultère; il est certain que cette demande n'équivaut pas à un désaveu; car l'adultère de la mère ne prouve pas l'illégitimité de l'enfant, et l'action en divorce n'est pas dirigée contre l'enfant, donc ce n'est pas un désaveu (1).

Il n'y a qu'un cas dans lequel il y aurait acte équivalent, c'est quand le désaveu se ferait par voie d'exception contre l'enfant. En effet, l'exception est une vraie demande, et si celui qui l'oppose conteste réellement la légitimité de l'enfant, il faut dire qu'il y a désaveu. Ainsi jugé par la cour de cassation dans un cas où l'enfant avait intenté une action en rectification de son acte de naissance contre les héritiers légitimes; ceux-ci contestèrent la légitimité. C'était bien un désaveu sous forme d'exception (2). Hors de ce cas, il ne peut pas y avoir d'acte équivalent.

§ VI. *Effet du désaveu.*

457. Si le désaveu est admis, l'enfant est rejeté de la famille, en ce sens qu'il n'aura pas pour père le mari de sa mère. Le jugement prouvera donc que l'enfant appartient à un autre qu'au mari; dès lors il est illégitime. Il sera naturel s'il a été conçu avant le mariage, et adultérin s'il a été conçu pendant le mariage. Dans ce dernier cas, la filiation adultérine résulte du jugement combiné

(1) Arrêt de Montpellier du 20 mars 1838 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 66, p. 84).

(2) Arrêts de la cour de cassation du 31 décembre 1834 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 2), et de Grenoble du 5 février 1836 (*ibid.*, n° 3).

avec l'acte de naisssance. C'est un des cas dans lesquels un enfant adultérin a une filiation légale, bien que la loi prohibe la reconnaissance volontaire ou forcée des enfants qui sont le fruit de l'adultère (art. 335 et 342).

Si le désaveu est rejeté, l'enfant reste en possession de la légitimité, et exerce par conséquent tous les droits d'un enfant légitime.

458. A l'égard de qui le jugement produit-il ces effets? On sait que les jugements ne produisent d'effet qu'entre ceux qui ont été parties en cause; ils ne peuvent pas être opposés à ceux qui n'ont pas été parties au procès, et ils ne leur profitent pas. Ce principe reçoit-il son application aux jugements qui concernent l'état des personnes? On prétend que ces jugements ont effet à l'égard des tiers, quand ils sont rendus avec le contradicteur légitime. Nous verrons plus bas que la doctrine du contradicteur légitime est fausse; que par suite les jugements qui statuent sur l'état restent sous l'empire du droit commun. En est-il de même des jugements rendus sur le désaveu? Supposons d'abord qu'ils soient rendus avec le mari ou avec ses héritiers. Tout le monde reconnaît que ces jugements ont effet à l'égard de toute la famille. Les jurisconsultes romains l'ont déjà décidé ainsi, en disant que la décision du juge *fait loi* (1). Pourquoi ce jugement fait-il loi? Toullier dit que c'est une application de la théorie du *contradicteur légitime*. Il n'en est rien, car le droit romain rejette cette théorie. La raison pour laquelle le jugement rendu avec le mari ou ses héritiers a effet à l'égard de toute la famille est bien simple. C'est que le mari seul et ses héritiers ont le droit de désavouer l'enfant; les autres membres de la famille ne peuvent pas intenter l'action, et l'enfant ne pourrait pas faire juger avec eux la question de légitimité, si un jugement l'avait rejeté de la famille; donc le jugement décide définitivement la question, personne n'ayant plus le droit de la soulever ni de la débattre. En ce sens, elle est à l'abri de toute discussion comme une

(1) « *Placet ejus rei judicem* JUS FACERE. » (L. 3, *in* D., *de agnoscendis et alendis liberis* (XXV, 3).

loi que personne n'a le droit de discuter. C'est ce que les jurisconsultes romains expriment avec leur précision habituelle en disant que la sentence du juge fait droit (1).

Si tous les héritiers du mari n'avaient pas été en cause, le jugement aurait-il effet à l'égard de ceux qui n'y ont pas été parties? On applique dans ce cas le principe de la chose jugée ; le jugement ne pourra être opposé aux héritiers qui n'ont pas figuré dans l'instance, mais aussi ils ne peuvent pas s'en prévaloir. Ici l'on ne peut plus dire, comme nous venons de le faire, que l'héritier contre lequel l'enfant invoquerait le jugement qu'il a obtenu avec ses cohéritiers n'a aucune qualité pour agir, car tous ont un droit égal à figurer dans l'instance; ce qui a été jugé avec les uns ne peut donc pas être opposé aux autres. De même quand ces héritiers agissent contre l'enfant, celui-ci ne peut pas les repousser par l'autorité de chose jugée, car la chose n'a pas été jugée avec eux. Par la même raison, les héritiers ne peuvent pas profiter du jugement rendu contre l'enfant, s'ils n'y ont pas été parties, car ce jugement n'a pas été rendu en leur faveur, et ils avaient le droit de figurer au procès. On objecte que l'état des hommes est indivisible; l'enfant, dit-on, ne peut être tout ensemble légitime et naturel ou adultérin. Donc s'il a été déclaré légitime ou naturel à l'égard de quelques héritiers, il faut qu'il ait le même état à l'égard des autres. Sans doute, considéré en lui-même, l'état est indivisible (2), mais il faut voir sur quelle preuve l'état repose. Si c'est sur un jugement, l'état n'existe, tel qu'il a été déclaré par la sentence, qu'entre les parties qui ont été en cause. Cela n'est pas aussi absurde qu'on le prétend. Si l'enfant a un état, ce n'est qu'en vertu d'un jugement ; or, s'il est juste que le jugement ait effet à l'égard de celui qui a pu soutenir son droit, il serait de toute injustice qu'il eût effet à l'égard de celui qui n'a pas pu le soutenir. Dans l'espèce,

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Questions d'état*, § III, art. 1, n° 5 (t. XXVI, p. 268).

(2) Cela est de doctrine et de jurisprudence (arrêts de Paris du 9 février 1846 et de la cour de cassation du 9 mars 1847 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 190).

d'ailleurs, l'état, comme droit moral, n'a pas été l'objet du débat ; il ne s'agit que des intérêts pécuniaires qui y sont attachés, et on ne peut pas même dire de ces intérêts qu'ils sont indivisibles. Telle est aussi l'opinion générale, et la jurisprudence l'a consacrée (1).

Nous avons supposé que les tiers auxquels l'enfant oppose le jugement ou qui l'invoquent sont des héritiers du mari, ayant, comme tels, droit de figurer dans le procès en désaveu. Que faut-il décider si ce sont des parents maternels, des héritiers de la femme, lesquels ne peuvent pas désavouer l'enfant? Le jugement a été rendu contre l'enfant au profit de quelques-uns des héritiers du mari : les héritiers de la femme peuvent-ils s'en prévaloir? Non, ce jugement ferait loi pour la famille, si tous les héritiers du mari y avaient figuré, mais tous n'y ayant pas figuré, il ne fait plus loi qu'à l'égard de ceux qui ont été parties en cause. Les autres héritiers du mari ne pourraient pas même l'invoquer, sauf à eux à agir s'ils sont encore dans le délai ; à plus forte raison, les héritiers de la femme ne peuvent-ils pas opposer un jugement où ils n'ont pas le droit de figurer. A leur égard, l'enfant conserve son état, tel qu'il résulte de son acte de naissance et de la présomption de paternité. C'est encore l'opinion commune des auteurs (2).

459. Le mari peut-il se désister du jugement qui a admis le désaveu? Il peut sans doute renoncer au bénéfice du jugement en ce qui le concerne, et pour les intérêts pécuniaires qui sont attachés à la légitimité ; mais il ne peut pas rendre à l'enfant la légitimité dont le jugement l'a dépouillé. Ce jugement fait loi, et il n'appartient à personne de défaire une loi. D'ailleurs, le jugement a donné des droits à la famille, et le mari ne peut pas les lui enlever. Il y a un arrêt contraire (3), mais cet arrêt n'a pas de valeur doctrinale et il ne peut pas en avoir, les

(1) Arrêts d'Angers du 11 avril 1821 et de la cour de cassation du 28 juin 1824 (Dalloz, au mot *Chose jugée*, n° 276).

(2) Valette sur Proudhon, t. II, p. 60, note. Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. III, p. 650 et suiv. Demolombe, t. V, p. 159-161, n° 178.

(3) Arrêt de Lyon du 7 février 1839 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 201). En sens contraire, Demolombe, t. V, p. 161, n° 181.

principes ne laissant aucun doute sur la question. Vainement dirait-on que le mari a, en principe, seul le droit de désavouer, et que s'il se désiste du jugement, personne n'a plus le droit de contester la légitimité de l'enfant. Cela est vrai, tant qu'il n'y a pas de jugement. Quand le jugement est porté, il fait loi. Cela décide la question.

SECTION III. — De l'action en contestation de légitimité.

460. Aux termes de l'article 315, la légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée. L'action par laquelle la légitimité de cet enfant est contestée s'appelle action en contestation de légitimité. Il y a de grandes différences entre cette action et l'action en désaveu. Le désaveu suppose que l'enfant est conçu ou du moins né pendant le mariage; cet enfant a pour lui la présomption de paternité, et elle ne peut lui être enlevée que par une action en désaveu, action que le code circonscrit dans des limites très-étroites, parce qu'il favorise la légitimité. Tandis que la contestation de légitimité suppose que l'enfant né après la dissolution du mariage est aussi conçu depuis ce moment, l'époque seule de sa naissance prouve que cet enfant est illégitime. La loi ne lui devait donc aucune faveur. Aussi l'action en contestation de légitimité n'est-elle pas régie par les principes qui régissent le désaveu : elle reste sous l'empire du droit commun.

Le désaveu ne peut être exercé que par le mari et par ses héritiers. Toute personne intéressée peut intenter l'action en contestation de légitimité. Cette différence résulte du texte et de l'esprit de la loi. Quand le code parle du désaveu, il nomme toujours le mari, et il contient une disposition spéciale pour déterminer dans quel cas, sous quelles conditions les héritiers du mari peuvent désavouer l'enfant (art. 312, 314 et 317). Quand il parle de la contestation de légitimité, il ne nomme personne, donc il n'exclut personne. Cela résulte d'ailleurs de la nature de l'action. Le législateur aurait pu déclarer l'enfant illé-

gitime de plein droit, puisque d'après les présomptions qu'il établit sur la durée de la grossesse, cet enfant est réellement illégitime; s'il ne l'a pas fait, c'est qu'il voulait abandonner aux parties intéressées le soin de contester la légitimité de l'enfant. Donc, dans l'esprit de la loi, toute partie intéressée peut contester la légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage. Cela est élémentaire (1).

461. L'action en contestation de légitimité doit-elle être intentée dans les brefs délais qui sont prescrits pour l'action en désaveu? Il a été jugé que le mari divorcé doit agir dans le mois du divorce pour contester la légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage; et que si l'action est intentée après la mort du mari, par ses héritiers, ils doivent agir dans les deux mois (2). Au premier abord, le texte semble favorable à cette décision. Les articles 316 et 317, qui fixent les délais dans lesquels le mari et ses héritiers doivent agir, sont placés après les articles qui parlent du désaveu et de la contestation de légitimité (art. 312-315), et ils sont conçus en termes généraux; l'article 316 emploie le mot vague *réclamer*, pour désigner l'action du mari; l'article 317 se sert de la même expression, et pour les héritiers il dit qu'ils auront deux mois pour *contester la légitimité* de l'enfant. Cependant tous les auteurs s'accordent à dire que l'opinion consacrée par les arrêts de la cour d'Agen et de la cour de cassation est erronée; tous enseignent que les délais établis par les articles 316 et 317 ne s'appliquent qu'à l'action en désaveu, et que l'action en contestation de légitimité reste sous l'empire de la prescription générale de trente ans (3). Le texte n'est pas aussi décisif qu'il paraît l'être. Dans l'article 316, la loi parle des divers cas où le mari est autorisé à réclamer; quels sont ces cas? C'est quand l'enfant est conçu ou né pendant le mariage (art. 312-314); quand l'enfant naît trois cents jours après

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, p. 73, n° 75.
(2) Arrêts d'Agen du 28 mai 1821 et de la cour de cassation du 19 novembre 1822 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 153).
(3) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 88, n° 88.

la dissolution du mariage, la loi ne parle plus du mari; donc l'article 317 ne s'applique pas au cas prévu par l'article 316. Quant aux héritiers du mari, ils succèdent à l'action de celui-ci; peu importe que la loi se serve de l'expression *contester la légitimité,* dans l'article 317, en parlant des héritiers; cette expression, de même que le mot *réclamation,* est synonyme de désaveu; cela résulte à l'évidence de l'article 318, qui emploie la dernière expression pour désigner l'action du mari et de ses héritiers. Il y a une autre considération qui est décisive. L'action en contestation de légitimité peut être intentée par tous ceux qui y ont intérêt, non-seulement par le mari et ses héritiers, mais par tous les parents; si donc le législateur avait voulu limiter l'action en contestation, il aurait dû le faire par une disposition générale embrassant tous les intéressés. Le silence de la loi quant aux parties intéressées qui peuvent contester la légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage, décide la question du délai dans lequel ils doivent agir : par cela seul que la loi n'établit pas de délai spécial, on reste sous l'empire du délai général de trente ans. Cela est aussi en harmonie avec l'esprit de la loi. L'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour lui la présomption de paternité, il est en possession de la légitimité, puisqu'il a un acte de naissance qui prouve qu'il appartient au mariage; il s'agit donc de le déposséder en le rejetant d'une famille qui est la sienne : voilà pourquoi la loi veut que le mari agisse dans le plus bref délai; s'il n'agit pas, il reconnaît l'enfant comme sien, et il ne peut plus être question de désaveu. Au contraire, l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage est illégitime par le fait de sa naissance; d'ordinaire, c'est un enfant posthume, ce sont les héritiers qui agissent; leur intérêt est pécuniaire et régi par les principes qui régissent les droits pécuniaires. Il n'y avait aucune raison de déroger à ces principes en ce qui concerne la prescription.

Nous disons que l'action en contestation de légitimité se prescrit par trente ans, en tant qu'il y a des intérêts pécuniaires en jeu. Si l'état est en cause, le droit de le

contester est imprescriptible. Nous avons dit que l'état, étant hors du commerce, ne peut pas plus s'acquérir que se perdre par la prescription : l'enfant peut toujours réclamer sa légitimité, partant on peut toujours la lui contester (1).

462. Celui qui a reconnu l'enfant comme légitime peut-il encore contester sa légitimité? Le désaveu n'est plus admissible quand le mari a reconnu la légitimité de l'enfant : nous en avons dit la raison. Il a été jugé que le même principe s'applique à la contestation de légitimité (2). Et à première vue on n'aperçoit pas de différence, sous ce rapport, entre les deux actions. Il y en a cependant une, et elle résulte de la position différente de l'enfant conçu ou né pendant le mariage et de l'enfant conçu après la dissolution du mariage. Le premier ne réclame pas son état, il l'a, il le possède; seulement le mari peut le rejeter de la famille en le désavouant; mais le désaveu ne se comprend plus là où il y a eu aveu : l'aveu du mari implique que l'enfant est légitime; dès lors il ne peut plus le faire déclarer illégitime. Tandis que l'enfant conçu après le mariage est illégitime, et il n'y a pas d'aveu qui puisse le rendre légitime. Si l'enfant conçu pendant le mariage et avoué par le mari ne peut plus être désavoué, c'est qu'il est conçu légitime; il ne doit donc pas sa légitimité à l'aveu; tandis que l'enfant conçu après la dissolution du mariage et reconnu légitime devrait sa légitimité à cette reconnaissance, si son état ne pouvait plus être contesté; or, la légitimité ne se crée pas, elle est hors du commerce; on ne peut donc pas plus renoncer au droit de la contester que l'on ne peut renoncer au droit de la réclamer. L'aveu ne pourrait avoir d'effet que pour les intérêts pécuniaires entre parties; il va sans dire qu'il n'en aurait aucun à l'égard des tiers. Aux droits pécuniaires on peut renoncer, quand même ils dépendent de l'état (nos 428, 429), mais cette renonciation ne peut préjudicier aux tiers.

(1) Toullier, t. II, no 834, p. 85.
(2) Arrêt de Douai du 19 janvier 1858 (Dalloz, 1858, 2, 138). Voyez la critique de cette jurisprudence dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 183).

463. Quels sont les effets de l'action en contestation de légitimité? Dans l'opinion que nous avons enseignée, le tribunal doit l'admettre dès qu'il est prouvé que l'enfant est né trois cents jours après la dissolution du mariage. Le jugement aura pour effet de déclarer l'enfant illégitime. Ce jugement fait-il loi pour la famille, comme le jugement qui admet le désaveu? Non, parce que la même raison n'existe pas. Toute personne qui y a intérêt peut contester la légitimité de l'enfant conçu après la dissolution du mariage; donc celui qui conteste ne représente que son intérêt; quelle que soit la décision du juge, elle ne peut faire loi pour les personnes qui ont un droit égal à celui des parties en cause. C'est dire que nous rentrons dans les principes généraux de la chose jugée (1) : le jugement n'a d'effet qu'entre ceux qui y ont figuré.

SECTION IV. — Des actions en réclamation et en contestation d'état.

§ Ier. *De l'action en réclamation d'état.*

No 1. A QUI ELLE APPARTIENT.

464. Le code ne définit pas l'action en réclamation d'état; il dit seulement qu'elle est imprescriptible à l'égard de l'enfant, et qu'en principe, l'enfant seul peut l'exercer (art. 328-330). L'expression même dont la loi se sert pour qualifier l'action, en détermine l'objet et la nature. Il est question des enfants légitimes. Tout enfant né d'une femme mariée a un état; d'ordinaire il est en possession de cet état, et quand il le possède, il ne peut pas s'agir de le réclamer, car on ne réclame pas ce que l'on a. Quand donc l'enfant a un titre ou la possession, il jouit de son état, il n'a pas besoin de le réclamer. Mais l'enfant peut avoir droit à un état sans le posséder : s'il est né d'une femme mariée, mais qu'il n'ait ni titre ni possession, ou si son titre ne constate pas sa filiation, l'acte de naissance portant qu'il est né de père et mère inconnus, ou si le titre

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, p. 93, nos 101, 102.

lui donne une fausse filiation, l'enfant étant inscrit sous de faux noms. Dans tous ces cas, l'enfant peut réclamer sa légitimité en prouvant sa filiation. C'est l'action en réclamation d'état.

Puisque l'état est l'objet de l'action, il faut appliquer les principes qui régissent les actions concernant l'état des personnes. Le code même en fait une application en déclarant que l'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant. Si elle est imprescriptible, c'est parce que l'état n'est pas dans le commerce. Dès lors l'enfant ne peut pas renoncer au droit qu'il a de réclamer son état; mais il peut renoncer aux intérêts pécuniaires qui dépendent de l'état. De là suit que la renonciation, nulle à l'égard de l'enfant en ce qui concerne son droit moral, serait valable à l'égard des héritiers, car le code considère l'action en réclamation d'état, quand elle appartient aux héritiers, comme un droit pécuniaire, droit qui est dans le commerce, et auquel on peut par conséquent renoncer.

465. Les héritiers de l'enfant n'ont l'action en réclamation d'état que si l'enfant la leur a transmise, c'est à-dire s'ils la trouvent dans sa succession. Comme, à l'égard de l'enfant, l'action ne s'éteint ni par la prescription ni par la renonciation, on pourrait croire que l'action lui appartenant toujours, elle se trouve toujours dans sa succession. Mais ici il faut se rappeler que l'action ne passe pas aux héritiers telle que l'enfant l'a, comme droit moral; elle ne passe aux héritiers que comme droit pécuniaire; or, ce droit est prescriptible et il s'éteint par la renonciation. En ce sens, l'action en réclamation d'état peut ne plus se trouver dans l'hérédité de l'enfant, bien qu'elle lui ait appartenu jusqu'à sa mort. S'il y a renoncé expressément ou tacitement, les héritiers n'ont plus le droit de l'intenter. Reste à savoir quand il y a renonciation. D'après les articles 329 et 330, il faut distinguer si l'enfant meurt sans avoir réclamé, ou s'il meurt après avoir commencé l'action.

Si l'enfant n'a pas réclamé, dit l'article 329, l'action ne peut être intentée par ses héritiers qu'autant qu'il est décédé mineur ou dans les cinq années après sa majorité.

Donc si l'enfant meurt après l'âge de vingt-six ans, sans avoir réclamé, ses héritiers ne peuvent plus agir (1). La raison en est, dit Bigot-Préameneu, que le silence de l'enfant prouve qu'il n'a pas cru avoir des droits ; dès lors les héritiers ne doivent plus être admis à s'introduire dans une famille à laquelle leur auteur s'est lui-même regardé comme étranger (2). Ce n'est qu'une simple présomption fondée sur une probabilité, mais cela suffit pour écarter les héritiers. La déchéance est absolue. Elle est établie dans l'intérêt du repos des familles, donc par un motif d'ordre public ; partant, les héritiers ne peuvent pas se prévaloir de leur intérêt pécuniaire contre la présomption de la loi. Il se peut, à la vérité, que la probabilité ne soit pas fondée ; il se peut que l'enfant soit mort sans avoir aucune connaissance de l'état auquel il pouvait prétendre; dans ce cas, son silence n'implique certes pas une renonciation. Néanmoins ses héritiers ne seront pas admis à agir, en prouvant que leur auteur ignorait son état. La loi met le repos des familles au-dessus de l'intérêt pécuniaire des héritiers, intérêt qui n'existe que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles. C'est l'opinion unanime des auteurs, et il ne paraît pas que la question ait jamais fait l'objet d'un débat judiciaire (3).

Si l'enfant décède pendant sa minorité, son silence ne fait naître aucune probabilité contre son droit, non-seulement parce qu'il peut l'ignorer, mais encore parce qu'il ne pourrait pas le poursuivre, alors même qu'il le connaîtrait. Les héritiers peuvent agir dans ce cas, parce qu'aucune renonciation n'est possible de la part de l'enfant. Quand l'enfant devient majeur, il peut agir ; mais rien n'est plus difficile que les preuves qu'il a à faire ; disons mieux : comme le remarque Bigot-Préameneu, rien n'est plus rare que la réclamation d'état, alors qu'il n'y a ni titre ni possession. Il faut supposer pour cela que les père et mère se soient conjurés en quelque sorte contre leur enfant; et l'expérience prouve, dit l'orateur du gouverne-

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. III, p. 664 et suiv.
(2) Exposé des motifs, n° 26 (Locré, t. III, p. 91).
(3) Dalloz, *Répertoire,* au mot *Paternité,* n° 353.

ment, qu'il y a moins d'enfants qui se trouvent injustement dans cette position malheureuse, que d'individus troublant injustement le repos des familles : « il y a plus de gens excités par la cupidité qu'il n'y a de pères et de mères dénaturés. » Donner aux héritiers le droit d'agir si l'enfant est mort dans les cinq ans de sa majorité, c'est supposer que l'enfant aurait agi s'il avait survécu, et qu'il n'a pas eu le temps de recueillir ses preuves. C'est aussi une probabilité : ici elle profite aux héritiers.

Si l'enfant meurt après avoir commencé l'action, les héritiers peuvent la suivre (art. 330). Dans ce cas, il est vrai de dire que les héritiers trouvent l'action dans l'hérédité, car l'action intentée fait partie du patrimoine, du moins en tant que des intérêts pécuniaires y sont attachés, et les héritiers n'ont l'action qu'à raison de leurs droits pécuniaires. Il y a cependant deux cas dans lesquels les héritiers ne peuvent pas suivre l'action. D'abord quand l'enfant s'en est désisté formellement. Le désistement est une renonciation, l'enfant ne peut pas renoncer, mais sa renonciation, nulle en ce qui le concerne, a effet à l'égard des héritiers; il est plus que probable que l'enfant qui se désiste n'avait pas de droit; cette probabilité doit entraîner la déchéance de l'action quant aux héritiers, par application du principe que la loi suit en cette matière. Il en est de même si l'enfant laisse passer trois années sans poursuite; on dit, dans ce cas, que l'instance est périmée. C'est une renonciation tacite à l'action, tandis que le désistement est une renonciation expresse. D'après le code de procédure, le désistement doit être accepté et la péremption d'instance doit être demandée (art. 403, 399 et 400). Faut-il appliquer ces dispositions à l'action en réclamation d'état? Il nous semble que non. Le fait auquel la loi attache la déchéance de l'action, c'est que l'enfant ait manifesté sa volonté de renoncer; or, il la manifeste par cela seul qu'il se désiste, bien que ce désistement n'ait pas été accepté, ou par cela seul qu'il ne poursuit pas l'action pendant trois ans, bien que la péremption d'instance n'ait pas été demandée dans les formes prescrites par la procédure. C'est l'opinion de Zachariæ. Marcadé dit, avec

le ton tranchant qui lui est habituel, que cette doctrine est évidemment inadmissible. Nous avouons qu'il y a quelque doute, mais le texte du code civil est pour Zachariæ, ainsi que l'esprit de la loi; quant aux règles spéciales de procédure, elles nous paraissent étrangères au débat (1).

466. Nous avons supposé que les héritiers sont sans droit dès que l'enfant a réclamé et qu'il s'est désisté ou qu'il a laissé périmer l'instance. Ce point est controversé. D'après l'opinion la plus généralement suivie, on distingue : si le désistement porte sur l'action même, il y a renonciation et par conséquent déchéance de l'action quant aux héritiers. Mais le désistement peut ne concerner que la procédure; dans ce cas, l'action subsiste, et si l'enfant meurt dans les cinq ans après sa majorité, il la transmet à ses héritiers. Quant à la péremption d'instance, elle ne concerne jamais que la procédure, à moins qu'en cessant ses poursuites, l'enfant n'ait manifesté l'intention de renoncer à son action. Donc la péremption n'empêche pas les héritiers d'agir, si l'enfant meurt avant l'âge de vingt-six ans. Dans cette opinion, l'article 330 ne s'applique qu'au cas où l'enfant a intenté l'action après cet âge ; les héritiers ne peuvent la suivre alors que si l'enfant ne s'est pas désisté de la procédure et s'il n'y a pas de péremption.

En théorie, cette opinion nous paraît très-acceptable : mais n'est-ce pas une de ces théories que les auteurs cherchent à introduire dans la loi, malgré son texte, et même malgré son esprit? Les articles 329 et 330 font une distinction dont on ne tient aucun compte dans l'opinion générale : l'article 329 prévoit le cas où l'enfant *n'a pas réclamé*, c'est-à-dire n'a pas intenté d'action : l'article 330 prévoit le cas où il *a commencé l'action*, c'est-à-dire où il a réclamé : donc quand il a réclamé, nous ne sommes plus dans le cas de l'article 329, nous sommes dans le cas de l'article 330. S'il a réclamé, les héritiers peuvent suivre l'action, pourvu que l'enfant ne se soit pas désisté ou qu'il n'ait pas laissé périmer l'instance. Voilà ce que

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. III, p. 662, note 6. Marcadé, p. 37, t. II, art. 330, n° V.

disent les textes. Que font les auteurs que nous combattons? Ils effacent cette distinction ; et dans le cas où l'enfant *a réclamé,* ils appliquent l'article 329 qui concerne le cas où l'enfant *n'a pas réclamé:* c'est effacer de l'article 329 les mots *qui n'a pas réclamé.* Et c'est méconnaître l'esprit de la loi aussi bien que son texte. Quand l'enfant a commencé l'action, fût-ce dans les cinq ans de sa majorité, il a manifesté l'intention de réclamer son état, voilà pourquoi les héritiers peuvent suivre l'action commencée; mais s'il se désiste ou s'il laisse passer trois années sans poursuites, il manifeste une intention contraire, il est probable qu'il renonce à réclamer l'état qui faisait l'objet de son action ; or, dans le système de la loi, cette probabilité suffit pour que les héritiers ne puissent plus agir. Qu'importe que l'enfant ait encore eu le droit d'agir? Quand l'enfant meurt à l'âge de vingt-six ans, il avait aussi le droit d'agir, et cependant ses héritiers ne le peuvent pas, alors même qu'ils prouveraient que l'enfant ignorait son état. Pourquoi? Parce qu'il suffit qu'il y ait une probabilité, résultant du silence de l'enfant, qu'il n'agira pas, pour que les héritiers n'aient plus le droit d'agir. Or, la probabilité qu'il n'agira plus est bien plus grande quand il a commencé l'action et qu'il s'en est désisté ou qu'il a cessé ses poursuites. Donc, à plus forte raison, les héritiers ne peuvent pas agir dans ce cas (1).

467. Les articles 329 et 330 refusent l'action aux héritiers dès qu'il y a une simple probabilité que l'enfant n'aurait pas agi s'il avait survécu. A plus forte raison, ne peuvent-ils pas agir quand l'enfant a formellement renoncé à son droit. Sans doute cette renonciation est nulle à l'égard de l'enfant, il peut toujours agir; lors de sa mort, il conserve donc son action; néanmoins il ne la transmet pas à ses héritiers. La loi ne le dit pas, mais cela résulte à l'évidence des articles 329 et 330. Si une simple présomption de renonciation fondée sur une probabilité suffit

(1) C'est l'opinion de Delvincourt, suivie par Dalloz, Ducaurroy, Bonnier et Roustain. L'opinion contraire est enseignée par Duranton, Zachariæ et Demolombe (Demolombe, t. V, p. 273, n°s 289-296, et Dalloz, au mot *Paternité,* n° 356).

pour que les héritiers soient déchus, à plus forte raison une renonciation formelle doit-elle entraîner leur déchéance. Si la loi ne prévoit pas ce cas, c'est qu'elle ne peut pas supposer une renonciation que l'enfant n'a pas le droit de faire. Il n'y a aucun doute sur ce point (1).

468. L'action en réclamation d'état appartient, en certains cas, aux héritiers. Quels sont ces héritiers? La loi se sert du mot *héritiers*, dans son acception la plus large, comme synonyme de successeurs universels. Cela n'est pas douteux. L'action, en tant qu'elle passe aux héritiers, est considérée comme un droit pécuniaire, donc tous ceux qui succèdent aux droits du défunt peuvent l'exercer. Mais ils ne le peuvent que comme héritiers; s'ils renoncent à la succession, ils cessent d'être héritiers, et partant ils n'ont plus le droit d'agir. On pourrait même soutenir que les légataires particuliers ont le droit d'agir, en tant qu'ils sont intéressés à faire entrer dans l'hérédité, qui est leur gage, tous les biens qui appartenaient au défunt en sa qualité d'enfant légitime, donc à titre de créanciers de l'hérédité (2). Vainement leur opposerait-on les termes des articles 329 et 330; ils agissent non pas comme héritiers, mais comme créanciers des héritiers; et nous verrons à l'instant que les créanciers des héritiers ont le droit d'intenter l'action en réclamation d'état, au nom de leurs débiteurs.

Faut-il comprendre les descendants de l'enfant parmi les *héritiers?* La question est de savoir s'ils peuvent agir de leur propre chef, en leur qualité de petit-fils ou de petite-fille, ou s'ils ne peuvent agir que comme héritiers. Si l'on décide qu'ils peuvent agir de leur propre chef, alors les restrictions des articles 329 et 330 ne leur sont pas applicables; de plus, leur droit est un droit moral, et régi par les principes qui régissent l'action de l'enfant; d'où suivrait que leur droit est imprescriptible, qu'ils n'y peuvent pas renoncer, qu'ils pourraient l'exercer alors même que l'enfant y aurait renoncé, qu'ils pourraient même agir du vivant de l'enfant. Marcadé a vivement défendu cette opi-

(1) Marcadé, *Cours élémentaire*, t. II, p. 37, art. 330, n° IV.
(2) Valette sur Proudhon, *Traité de l'état des personnes*, t. II, p. 122, note *a*.

nion et, en théorie, il a raison (1). Il est certain que les descendants de l'enfant ont le droit d'appartenir à la famille à laquelle l'enfant appartient; c'est pour eux un droit du sang, donc un droit qui leur est personnel, indépendant par conséquent de la qualité d'héritier; ils exercent l'action en réclamation d'état, non comme un droit pécuniaire, mais comme un droit moral; ils puisent leur droit non dans la succession de leur père, mais dans le sang qu'il leur a transmis. Rien de plus juste, mais reste à savoir si les auteurs du code Napoléon ont consacré cette doctrine. C'est là la première question que l'interprète doit se faire; or, les textes aussi bien que l'intention du législateur sont en opposition avec la doctrine de Marcadé. Les articles 328, 329, 330, les seuls qui traitent de l'action en réclamation d'état, ne parlent que de l'*enfant* et non des descendants; or, le mot *enfant* a dans notre titre un sens limité, il s'agit de l'enfant qui réclame sa filiation légitime; c'est cet enfant dont la filiation est prouvée par l'acte de naissance ou la possession d'état (art. 319-321); c'est cet enfant qui est admis à prouver sa filiation par témoins (art. 323-325); c'est l'action qui lui appartient que l'article 328 déclare imprescriptible, mais seulement à son égard. Quant à ses descendants, la loi ne s'occupe pas d'eux en cette qualité; elle les comprend sous la dénomination générale d'*héritiers*. C'est donc seulement comme héritiers qu'ils peuvent agir. Nous disons que tel est aussi l'esprit de la loi. La cour de Metz, dans ses observations sur le projet de code civil, avait demandé que l'on fît une distinction entre les héritiers directs et les collatéraux. Cette distinction n'a pas été admise. En présence des termes généraux de la loi, il eût fallu une disposition spéciale, si le législateur avait voulu placer les descendants dans une position différente de celle qu'il donne aux héritiers en général. Le silence du code est donc décisif. Sans doute cette doctrine confond le droit moral des descendants avec leurs droits pécuniaires; en ce sens, elle est injuste, puisqu'elle prive les descendants d'un droit qu'ils

(1) Marcadé, art. 330, n° III (t. II, p. 34).

tiennent de leur naissance. Mais n'y a-t-il pas un droit supérieur à celui de quelques individus qui seront lésés par le système du code? La paix des familles, la nécessité de mettre un terme aux procès sur l'état des personnes, n'est-ce pas là un intérêt social qui doit l'emporter sur l'intérêt individuel? Conçoit-on que l'état des hommes puisse être éternellement mis en question? Ne serait-ce pas favoriser d'audacieux aventuriers, bien plutôt que de malheureuses victimes de la cruauté des père et mère? Répétons avec Bigot-Préameneu qu'il y a plus de gens excités par la cupidité que de pères et mères dénaturés. C'est là le vrai esprit du code; et, à notre avis, cette doctrine est plus utile, plus morale même que celle que l'on voudrait lui substituer (1).

469. L'action qui passe aux héritiers est celle de l'enfant, mais elle n'a plus les mêmes caractères. Ce que nous venons de dire le prouve. La loi ne considère plus l'action comme un droit moral quand ce sont les héritiers qui l'exercent; c'est pour cette raison qu'elle ne la donne pas aux descendants en leur qualité de descendants : ils ne l'ont qu'à titre de droit pécuniaire. C'est encore pour cette raison que l'action ne passe pas aux héritiers quand l'enfant y a renoncé, ou quand il est seulement probable qu'il y a renoncé. Il résulte de là que les principes qui régissent l'action de l'enfant ne s'appliquent pas à l'action des héritiers. A leur égard, l'action est un droit pécuniaire, donc il est dans le commerce, il peut faire l'objet d'une transaction, d'une renonciation. L'article 328 consacre une conséquence de ce principe : il déclare que l'action en réclamation d'état est imprescriptible à l'égard de l'enfant, ce qui implique qu'elle est prescriptible à l'égard des héritiers. On pourrait dire que c'est un argument tiré du silence de la loi, et ces arguments ont très-peu de valeur. Mais ici le silence de la loi est décisif. En effet, de droit commun, toute action est prescriptible. Il faut donc un

(1) C'est l'opinion générale (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 362). Il faut ajouter Demante, *Cours analytique*, t. II, p. 101, n° 55 *bis* VI. La question a été décidée en ce sens par un arrêt de la cour de cassation du 9 janvier 1854 (Dalloz, 1354, 1, 185).

texte pour qu'une action ne le soit pas. Par cela seul que l'action des héritiers n'est pas déclarée imprescriptible, elle reste sous l'empire du droit commun. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute sur ce point. On lit dans les Observations du Tribunat (nº 15) : « Le droit que l'enfant exerce est tellement sacré, que la loi le déclare imprescriptible. Toutefois cette imprescriptibilité n'est établie qu'en sa faveur, et le privilége est purement personnel. »

On demande par quel laps de temps l'action des héritiers se prescrit? On répond que la loi la déclarant prescriptible, sans fixer de délai spécial, les héritiers restent, par cela même, sous l'empire de la prescription générale de trente ans. Le principe est incontestable, mais pour l'appliquer il ne faut pas perdre de vue que l'action n'appartient aux héritiers que comme droit pécuniaire; donc tant qu'ils n'ont aucun intérêt à agir, ils n'ont pas d'action. A vrai dire, leur action est une action en pétition d'hérédité, qui s'ouvre par l'ouverture de la succession qu'ils réclament et qui leur est contestée. Elle ne s'ouvre donc pas nécessairement par la mort de l'enfant, car ce n'est pas une action en réclamation d'état qu'ils exercent; ils réclament l'hérédité à laquelle ils ont droit comme héritiers de l'enfant, et si l'on conteste leur droit, ils font valoir l'état de l'enfant auquel ils ont succédé. De là suit qu'il y aura autant de prescriptions qu'il y a de successions auxquelles ils sont appelés, la prescription de la pétition d'hérédité ne pouvant courir qu'à partir du jour où la succession est ouverte. Il faut ajouter que la prescription sera suspendue et interrompue par les causes générales qui règlent la suspension et l'interruption de la prescription (1).

470. Les créanciers peuvent-ils intenter l'action en réclamation d'état au nom de leur débiteur? Aux termes de l'article 1166, les créanciers peuvent exercer les droits et actions de leur débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement attachés à la personne. Nous verrons, au titre des Obligations, que par *droits exclusivement attachés à la personne* il faut entendre les droits qui sont tout

(1) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, p. 152, nº 154.

ensemble moraux et pécuniaires, mais dans lesquels l'élément moral l'emporte sur l'intérêt d'argent. En appliquant ce principe à l'action en réclamation d'état, il faut décider, sans hésiter, que lorsqu'elle appartient aux héritiers, leurs créanciers peuvent l'exercer; en effet, c'est moins l'action en réclamation d'état que les héritiers exercent que l'action en pétition d'hérédité : ils n'ont l'action qu'à raison d'un intérêt pécuniaire; cela décide la question. A l'égard de l'enfant, l'action en réclamation d'état est essentiellement morale; il faut donc décider, en principe, que les créanciers ne peuvent pas l'intenter en son nom. Est-ce à dire qu'ils ne puissent jamais se prévaloir de l'état de leur débiteur? On l'a prétendu (1), mais cela est trop absolu : l'état n'est pas un droit exclusivement moral; des droits pécuniaires y sont attachés, droits dont l'enfant peut disposer, auxquels il peut renoncer; s'il y renonçait en fraude des droits de ses créanciers, certes ceux-ci auraient droit d'attaquer la renonciation comme frauduleuse (2). Cela prouve déjà que les créanciers ont action, en matière d'état, à raison des intérêts pécuniaires qui s'y mêlent. Si dans le débat sur une transaction qu'ils attaquent comme frauduleuse on leur opposait que l'enfant n'a pas d'état, ne pourraient-ils pas réclamer l'état auquel leur débiteur a droit? Nous ne voyons aucun principe qui s'y oppose. Le droit qu'ils exercent est pécuniaire; s'ils invoquent l'état de leur débiteur, ce n'est pas comme droit moral, c'est uniquement comme moyen de défense; et ce droit fait ici l'objet d'une convention pécuniaire, la convention n'est même valable qu'à ce titre. Tout le débat est donc pécuniaire, l'élément moral n'en est que l'accessoire. Cela n'est-il pas décisif?

Supposons maintenant que les créanciers intentent, au nom de leur débiteur, une action en pétition d'hérédité. Le défendeur conteste l'état de l'enfant, au nom duquel les

(1) Duranton, t. III, p. 158, n° 160. Arrêt d'Amiens du 10 avril 1839 (Dalloz, au mot *Etat des personnes*, n° 8).

(2) Un arrêt de la cour de cassation, du 6 juillet 1836, reconnaît aux créanciers le droit d'intervenir dans l'instance sur une question d'état, en cas de fraude (Dalloz, au mot *Intervention*, n° 45).

créanciers réclament la succession. Peuvent-ils en ce cas réclamer l'état de l'enfant à l'appui de leur action? Il y a même raison de décider en leur faveur que dans l'espèce précédente. Le débat est pécuniaire, l'état y figure comme moyen, non comme but. Les créanciers sont dans la même position que les héritiers de l'enfant; si ceux-ci peuvent, à l'appui d'une pétition d'hérédité, réclamer l'état de l'enfant, pourquoi les créanciers ne le pourraient-ils pas? On dira que les héritiers agisssent après la mort de l'enfant, tandis que les créanciers agissent de son vivant; et que si l'enfant n'agit pas, il témoigne par son silence qu'il n'a pas de droit, ou qu'il y renonce, que dès lors ses créanciers ne peuvent pas agir. Sans doute l'enfant peut renoncer aux droits pécuniaires qui sont attachés à l'état, et s'il y renonce, ses créanciers n'ont d'autre action que l'action paulienne; mais il ne suffit pas du silence de l'enfant pour qu'il y soit censé renoncer; la loi établit des présomptions de renonciation à l'égard des héritiers de l'enfant : elle n'en établit pas à l'égard des créanciers.

L'opinion que nous venons d'exposer a été soutenue, dans l'ancien droit, par d'Aguesseau; elle est professée par la plupart des auteurs sous l'empire du code Napoléon (1). Il y a cependant quelque hésitation dans la doctrine, elle vient de la rédaction un peu vague de l'article 1166, et de l'interprétation plus vague encore qu'on lui donne. Pour montrer combien il est nécessaire de poser des principes certains en cette matière, comme dans toute la science du droit, nous citerons ce que dit M. Demolombe. La loi étant vague, cet estimable jurisconsulte ne trouve rien de mieux à faire que d'imiter la loi; il dit donc que la question de savoir si un droit est attaché à la personne du débiteur, est une question d'appréciation que les magistrats décideront d'après le caractère particulier du droit dont il s'agit. Quel est ce *caractère?* Voilà précisément la difficulté. M. Demolombe ajoute que les magistrats examineront si l'exercice du droit par les créanciers présente plus

(1) D'Aguesseau, Plaidoyer VI (Œuvres, t. II, p. 120). Dalloz, au mot *Paternité*, n° 350.

ou moins d'avantages ou d'inconvénients, blesse plus ou moins les convenances, les mœurs, l'intérêt privé et public (1). Avec des principes ainsi formulés, les juges seront maîtres de faire ce qu'ils veulent : à quoi bon alors écrire sur le droit?

N° 2. COMPÉTENCE.

471. L'article 326 porte que « les tribunaux civils sont seuls compétents pour statuer sur les réclamations d'état. » Cet article déroge au droit commun. Il est de principe que le juge compétent pour statuer sur la demande principale est également compétent pour statuer sur les questions incidentes auxquelles la demande donne lieu. Ce principe reçoit exception quand il s'agit d'une question d'état. Les tribunaux de commerce, les juges de paix, les tribunaux criminels n'en peuvent pas même connaître incidemment (2). Il en était déjà ainsi dans l'ancien droit pour les juridictions exceptionnelles, telles que les tribunaux de commerce. La gravité des questions d'état, qui intéressent non-seulement les individus, mais les familles et la société tout entière, explique cette dérogation. Mais le code va plus loin. Aux termes de l'article 327, l'action criminelle contre un délit de suppression d'état ne peut commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état. Il y a ici plus qu'une dérogation au droit commun, il y a innovation, et telle qu'on l'interprète, l'innovation est loin d'être heureuse.

L'enfant peut être privé de son état par un délit que l'on nomme crime de suppression d'état. Tout délit donne lieu à deux actions, l'action civile et l'action publique. L'action civile, appartenant à la partie lésée, peut être portée devant le tribunal civil, ou devant le tribunal criminel saisie de l'action publique. Ce principe s'applique même en matière d'état : quand les époux ont été privés, par un délit, de la preuve de la célébration de leur mariage,

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 265, n° 283.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Questions d'état*, § I, n°s 2, 3 et 4.

ils peuvent procéder comme nous venons de le dire. Au contraire, les *réclamations d'état* ne peuvent être portées que devant les tribunaux civils. C'est une dérogation au droit commun et une innovation. Les orateurs du gouvernement et du Tribunat nous en disent la raison. Dans l'ancien droit, comme d'après le code Napoléon, la preuve testimoniale n'était admise, en matière de filiation, que lorsqu'il y avait un commencement de preuve par écrit, tandis que devant les tribunaux criminels la preuve testimoniale est admise sans condition aucune. De là des abus. Celui qui n'avait pas de commencement de preuve par écrit ne pouvait pas réclamer son état devant les tribunaux civils. Que faisait-il? Il portait plainte en suppression d'état devant les tribunaux criminels. C'était éluder une prescription destinée à protéger les familles contre le danger des faux témoignages. Le crime dénoncé était le plus souvent imaginaire, c'était un moyen frauduleux de prouver l'état sans commencement de preuve par écrit. Pour mettre fin à cet abus, les auteurs du code civil décidèrent que les actions en réclamation d'état ne pouvaient être portées devant les tribunaux criminels, qu'elles devaient être jugées par les tribunaux civils (1).

L'on a fait contre cette théorie du code civil une objection très-juste, c'est qu'elle repose sur une erreur (2). Il n'est pas vrai que devant les tribunaux criminels on admette la preuve testimoniale sans condition aucune, quand il s'agit de prouver un fait juridique qui, d'après le droit commun, ne peut être établi que par une preuve écrite. Telle est la violation d'un dépôt. Avant de prouver la violation du dépôt, il faut prouver qu'il y a eu dépôt; et cette preuve ne peut se faire par témoins, si la valeur de la chose déposée dépasse cent cinquante francs, pas plus devant les tribunaux criminels que devant les tribunaux civils. Le législateur aurait pu et il aurait dû admettre le même principe pour les questions d'état; il aurait évité par là un abus d'un autre genre qui est résulté de l'inno-

(1) Duveyrier, Discours, n° 27. Bigot-Préameneu, Exposé des motifs, n° 22 (Locré, t. III, p. 132 et 90).
(2) Valette sur Proudhon, *De l'état des personnes*, t. II, p. 94, note.

vation qu'il a consacrée, comme nous le dirons plus loin.

472. Il résulte du système adopté par le code Napoléon une première conséquence qui est évidente, c'est que dans les questions de filiation, le civil tient le criminel en état. On sait qu'en général c'est le criminel qui tient le civil en état. D'après le droit commun, celui qui est lésé par un délit peut porter son action devant le tribunal civil; de son côté, le ministère public porte la sienne devant le tribunal criminel. Dans ce cas, le tribunal civil ne peut statuer sur l'action civile qu'après que le tribunal criminel a statué sur l'action publique; en attendant, il doit surseoir. C'est ce que l'on exprime par cet adage que le criminel tient le civil en état. Quand il s'agit de filiation, au contraire, c'est le tribunal criminel qui doit surseoir jusqu'à ce que le tribunal civil ait décidé la question portée devant lui. C'est une conséquence logique de la compétence exclusive que le code Napoléon attribue aux tribunaux civils dans les questions de filiation. Quand il s'agit d'un délit ordinaire, la décision du tribunal criminel préjuge la décision du tribunal civil, parce que l'intérêt de la société, engagé dans la poursuite du délit, domine l'intérêt privé engagé dans le procès civil. En matière de filiation, il y a aussi un intérêt général en cause, dans l'instance civile, c'est le repos des familles. Cet intérêt est si grand qu'il l'emporte sur l'intérêt social. C'est pour cette raison que le civil tient le criminel en état. Sans doute, la société est intéressée à ce qu'un crime aussi grave que celui de la suppression d'état soit puni, mais elle est encore plus intéressée à ce que les faux témoignages ne portent pas le trouble dans les familles. Cet intérêt est plus puissant, et il est aussi plus général; car n'oublions pas qu'il y a moins de parents dénaturés capables de supprimer l'état de leurs enfants, que d'aventuriers qui essayeraient de tromper la justice et d'altérer l'état des familles, si on leur permettait de fonder leur usurpation sur la foi dangereuse des témoignages (1).

Le code civil suit d'autres principes en matière de ma-

(1) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, p. 93.

riage, et à première vue on pourrait croire qu'il y a contradiction entre les diverses dispositions de la loi. Elle permet de prouver la célébration du mariage par une procédure criminelle, et elle admet comme preuve les simples témoignages (art. 198 et suiv.) (1). Proudhon a très-bien expliqué les motifs de cette différence. Rappelons-nous d'abord que les époux ne peuvent, en principe, prouver leur mariage que par l'acte de célébration inscrit sur les registres de l'état civil; celui qui détruirait ce titre supprimerait leur état ; il fallait donc les autoriser à établir qu'ils ont été privés de leur titre par un crime. C'est dire que les époux, quant à la preuve, doivent rester dans le droit commun. Il n'en est pas de même de la filiation; à défaut d'acte de naissance, l'enfant peut invoquer la possession; on ne supprime donc pas entièrement son état en supprimant son titre. Pour qu'il y ait suppression d'état, il faut supposer que l'enfant n'a ni titre ni possession. Mais dans ce cas toutes les probabilités sont contre lui, et de plus la preuve qu'il demande à faire est la plus difficile de toutes les preuves : la grossesse se dissimule, l'accouchement se fait en secret, et l'identité sans possession est presque chimérique. Le législateur avait donc les raisons les plus graves pour écarter les témoignages, et par suite les procédures criminelles, une fois le préjugé admis que la preuve testimoniale est reçue sans limites quand il s'agit de prouver un délit. Tandis que le mariage est entouré de la plus grande publicité; il est annoncé d'avance, tout le monde sait quand il aura lieu. Il est célébré publiquement, à l'hôtel de ville, en présence de témoins. La fraude est presque impossible; s'il se trouvait de faux témoins, ils seraient démentis par les témoins véritables (2).

473. Une seconde conséquence dérive du système consacré par le code Napoléon, c'est que l'action du ministère public est dépendante de l'action civile. D'après le droit commun, le ministère public agit sans qu'il ait à se

(1) Voyez, plus haut, p. 27, nº 16.
(2) Proudhon, *Traité sur l'état des personnes*, t. II, p. 97 et suiv.

préoccuper de l'action civile. Il agit dans l'intérêt de la société, il doit donc être entièrement libre. En matière de filiation, au contraire, on admet que le ministère public ne peut pas agir tant que la partie lésée n'a pas fait juger la question d'état par le tribunal civil. Cette doctrine est consacrée par une jurisprudence constante, à laquelle la doctrine s'est ralliée. Il peut sembler inutile de la combattre, et nous n'avons aucune prétention de la faire changer. Mais notre but est d'établir les vrais principes envers et contre tous, sans nous inquiéter de la pratique. Ici, d'ailleurs, nous avons pour nous une autorité qui contre-balance celle de la jurisprudence. Merlin a soutenu que l'action du ministère public était, à la vérité, enchaînée, quand le tribunal civil est saisi de la question d'état, mais qu'il reste libre d'agir quand il n'y a point d'action portée devant les tribunaux civils (1). Cette opinion n'a pas prévalu devant la cour de cassation ; nous allons assister au débat.

A première vue, la question paraît décidée par le texte du code : « L'action criminelle, dit l'article 327, ne peut commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état. » Cette disposition est générale et absolue, dit la cour de cassation ; que l'on entende par *action criminelle* l'action publique née du délit, ou l'action civile, l'une et l'autre ne peuvent être portées devant les tribunaux de répression qu'après le jugement rendu par le tribunal civil. Il faut dire plus : l'article 327 s'applique d'une manière principale et spéciale au ministère public, car le ministère public seul a le droit d'exercer l'action publique (2). Merlin avait répondu d'avance à cette objection, et, à notre avis, la réponse est péremptoire. Quel est l'objet de l'article 327 ? C'est de décider, par dérogation au droit commun, que le civil tient le criminel en état. Mais pour que l'action civile arrête et suspende l'action criminelle, il faut qu'il y ait une action civile; le criminel ne peut pas être tenu en état

(1) Voyez le réquisitoire de Merlin, dans ses *Questions de droit*, au mot *Question d'état*, § I[er], t. XII, p. 250 et suiv.
(2) Arrêt de cassation du 10 messidor an XII (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 369, 3°).

par le néant. Tel est aussi le sens naturel du texte. Le ministère public, dit la loi, ne peut commencer son action qu'*après le jugement sur la question d'état*. Il faut donc qu'il y ait une *question d'état* et que le tribunal civil en soit saisi, sinon il ne peut s'agir de la *juger*. S'il n'y a pas de procès engagé, il n'y a pas de question d'état, donc nous ne sommes plus dans le texte; partant il n'y a pas lieu d'arrêter l'action publique.

S'il y avait quelque doute sur le sens du texte, il serait levé par les travaux préparatoires. Bigot-Préameneu dit que le but de l'article 327 est de prévenir les *plaintes frauduleuses* qui étaient portées devant les tribunaux criminels, pour faire décider les questions d'état par de simples témoignages; il ajoute qu'il serait à craindre que l'*action criminelle ne soit pas intentée de bonne foi*, qu'elle n'ait pour but que d'éluder la règle du droit civil, qui, sur les questions d'état, écarte comme très-dangereuse la simple preuve par témoins (1). Il est de toute évidence que l'orateur du gouvernement n'entend parler que de l'action civile que le réclamant voudrait porter devant le tribunal criminel; car du ministère public on ne peut certes pas dire qu'il fait une *plainte*, et on ne peut pas dire davantage que sa plainte est *frauduleuse*, ni qu'il agit de *mauvaise foi* pour éluder la loi civile. Toutes ces expressions ne reçoivent d'application qu'à l'action civile : preuve que le législateur n'a pas songé à l'action que le ministère public intenterait, alors qu'il n'y aurait pas de procès civil sur une question d'état.

Duveyrier est tout aussi explicite dans son excellent discours. Il ne dit pas un mot de l'action du ministère public; il signale l'abus auquel avait donné lieu le droit commun que l'on suivait jadis. On portait plainte devant les tribunaux criminels, alors que devant les tribunaux civils on n'aurait pas été admis à l'enquête; tandis que, au criminel, tout se décidait par témoignages. Puisque l'objet de la réclamation est *purement civil*, il faut que le tribunal civil le décide d'après les principes du droit civil.

(1) Exposé des motifs, n° 22 (Locré, t. III, p. 90).

Voilà pourquoi les auteurs du code ont porté pour ce cas *une disposition contraire au droit commun*, c'est-à-dire au principe que la partie civile peut agir devant le tribunal criminel (1). Telle est l'interprétation officielle de la loi ; on voit qu'elle ne prévoit pas le cas où le ministère public agit sans qu'il y ait une action civile.

Cependant on prétend que les travaux préparatoires ont décidé la question contre l'opinion de Merlin. Le projet de code civil portait que l'enfant victime d'une suppression d'état ne pouvait réclamer que par la voie civile, même contre les auteurs du crime, sauf au ministère public à intenter l'action criminelle d'office, s'il y avait lieu. Ainsi le projet admettait que l'action publique fût intentée indépendamment de l'action civile, mais il exigeait un commencement de preuve par écrit ; l'examen de cette preuve formait une question préjudicielle sur laquelle il devait être statué préalablement. Le projet ajoutait que le jugement, soit préjudiciel, soit sur le fond, ne pouvait être rendu qu'en présence des parties qui auraient des droits acquis au moment de l'accusation. L'action publique, ainsi réglée et restreinte, suspendait toute poursuite commencée au civil. Ce système n'a pas été admis ; donc, dit-on, on ne peut pas douter que le législateur n'ait repoussé l'opinion de Merlin. Il nous semble que la conclusion n'est pas logique. Le projet maintenait l'ancien principe que le criminel tient le civil en état, en y ajoutant des garanties qui rendaient tout abus impossible ; tandis que le code civil pose le principe que le civil tient le criminel en état. Mais de là à refuser au ministère public le droit d'agir quand il n'y a aucun procès civil, il y a loin. Il faudrait prouver que le nouveau principe est incompatible avec l'exercice de l'action criminelle, alors même qu'aucune question d'état n'est soulevée par l'enfant ou ses héritiers ; il faudrait prouver que telle a été l'intention des auteurs du code. Or, nous venons d'entendre les orateurs du gouvernement et du Tribunat; ils ne prévoient que le cas où la partie civile voudrait frauder les prescriptions qui

(1) Duveyrier, Discours, n° 27 (Locré, t. III, p. 132).

régissent la preuve. Ils ne prévoient pas même la question que nous agitons, et le texte ne la prévoit pas davantage. Elle fut soulevée au conseil d'Etat. Jolivet critiqua la disposition trop absolue, selon lui, du projet. On en pourrait conclure, dit-il, que l'action de la justice criminelle est paralysée lorsqu'il y a eu suppression d'état, et que cependant il n'y a pas de litige sur la question d'état. Treilhard répondit : *Cette espèce n'est pas celle de l'article; il suppose une question d'état* (1). La loi ne concerne donc que le cas où une question d'état est débattue entre des parties civiles; elle ne concerne pas le cas où les parties civiles se taisent; elle ne peut donc pas, lorsque les parties civiles gardent le silence, lier les mains au ministère public.

Nous n'invoquerons pas contre la doctrine consacrée par la jurisprudence l'impunité qu'elle assure aux coupables. La cour de cassation répond avec raison que ces considérations sont à l'adresse du législateur, qu'il n'appartient pas aux tribunaux d'apprécier la sagesse des lois, que leur devoir est d'en respecter et faire exécuter les dispositions (2).

474. L'enfant peut-il procéder par la voie du faux incident civil avant le jugement de la question d'état? Il a été jugé par la cour de cassation que l'enfant ne pouvait pas s'inscrire en faux contre son acte de naissance (3). Daniels, qui remplissait les fonctions de ministère public, a parfaitement établi cette opinion (4). Quel est le but de l'article 327? Le législateur a voulu empêcher que la preuve de la filiation ne se fasse, même indirectement, par témoins, sans qu'il y ait un commencement de preuve par écrit. Or, si l'on permettait à l'enfant de s'inscrire en faux contre son acte de naissance, dans une action civile, cette disposition se trouverait éludée. En effet, la preuve du faux

(1) Séance du conseil d'Etat du 29 fructidor an x, n° 15 (Locré, t. III, p. 73).
(2) Voyez la jurisprudence dans Dalloz, et les auteurs qu'il cite (au mot *Paternité*, nos 368, 369).
(3) Arrêt du 28 mai 1809 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 365, 5°).
(4) Le réquisitoire de Daniels se trouve dans Merlin, *Questions de droit*, au mot *Question d'état*, § III, t. XII, p. 267).

se fait civilement *tant par titres que par témoins* (code de proc., art. 232). Et quel serait le but de cette preuve? Il est vrai que l'objet apparent de l'inscription en faux incident est seulement d'établir la fausseté des noms sous lesquels l'enfant a été inscrit dans l'acte de naissance; mais elle peut avoir pour but véritable de prouver la filiation. En effet, la partie civile n'a presque jamais d'intérêt à s'inscrire en faux contre son acte de naissance, dans la seule vue de faire prononcer la fausseté matérielle de l'acte. Car qu'est-ce qui en résulterait? Que le réclamant est né de père et mère inconnus. Or, quel intérêt peut-il avoir à prouver que les père et mère indiqués dans son acte de naissance sont des êtres imaginaires? Il aura donc un autre intérêt caché, celui de prouver indirectement sa vraie filiation par témoins et sans commencement de preuve par écrit. C'est précisément à raison de cet intérêt qu'on doit lui refuser l'inscription en faux.

475. L'enfant peut-il demander des dommages-intérêts pour suppression d'état, si l'état n'a pas été constaté préalablement d'après les règles établies par le code civil? Il a été jugé que l'action en dommages-intérêts n'est pas recevable (1). Cette action n'est autre chose que l'action civile naissant d'un délit, donc une action criminelle dans le sens de l'article 327. Or, l'action criminelle ne peut commencer qu'après le jugement définitif sur la question d'état. Vainement l'enfant dirait-il qu'il ne réclame pas son état, la question qu'il soulève n'en est pas moins une question d'état, et les débats pourraient conduire indirectement à la preuve de la filiation par témoins. En effet, aux termes de l'article 1348, la preuve testimoniale est admissible, sans aucun commencement de preuve par écrit, quand il s'agit d'obligations naissant d'un délit. L'enfant pourrait donc produire des témoignages qui établiraient qu'il a été inscrit sous de faux noms, et qui prouveraient par suite sa véritable filiation. Dès lors il y a lieu de s'en tenir à la prohibition prononcée par l'article 327.

476. L'article 327 étant une dérogation au droit com-

(1) Arrêt de Paris du 20 février 1810 (Dalloz, au mot *Paternité*, nº 366).

mun, il importe de déterminer d'une manière précise les cas auxquels il s'applique. Nous disons les cas. Le texte semble parler d'un cas unique, le délit de suppression d'état. Mais il n'y a pas de délit spécial de *suppression d'état;* il y a des délits de diverse nature qui tendent à priver un enfant de son état. Tels sont le faux commis dans la rédaction de l'acte de naissance, les fausses déclarations faites par les comparants, la soustraction, destruction ou enlèvement de registres. Dans tous ces cas, l'on pourrait arriver, par la voie criminelle, à prouver la filiation de l'enfant par témoins, sans commencement de preuve par écrit. Dès lors nous sommes dans le texte comme dans l'esprit de l'article 327. Nous allons recueillir les décisions judiciaires intervenues dans cette matière aussi difficile qu'importante.

Un magistrat est accusé d'avoir, par des procédés chimiques, fait disparaître, des registres de l'état civil, trois actes qui y avaient été légalement inscrits, et d'y avoir substitué un faux acte de mariage entre lui et une femme qui n'a jamais existé, un faux acte de naissance de sa fille, née en réalité d'un commerce adultérin qu'il entretenait avec une femme mariée, enfin un faux acte constatant le décès de sa prétendue femme. Voilà un crime de faux en écritures authentiques (code pénal de 1810, art. 147). Y a-t-il lieu à l'application de l'article 327? Jugé affirmativement par la cour de cassation (1). Merlin avait essayé d'établir une différence entre l'acte de naissance et les actes de mariage et de décès. Il est certain que s'il ne s'était agi que d'actes de mariage, l'article 327 eût été inapplicable; mais dans l'espèce, les trois faux avaient un seul et même but, c'était de fabriquer une filiation au profit d'un enfant adultérin; donc il s'agissait bien d'une question de filiation, et partant l'article 327 devait être appliqué, c'est-à-dire que, d'après la jurisprudence de la cour de cassation, le ministère public ne pouvait pas poursuivre le crime de faux, tant que la question d'état n'était

(1) Arrêt du 30 mars 1813 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 369, 5°). Merlin, *Questions de droit*, au mot *Question d'état*, § II (t. XII, p. 264).

pas décidée au civil. Or, dans l'espèce, il n'y avait pas de procès civil, et il ne pouvait pas y en avoir du vivant du magistrat coupable. L'impunité lui était donc assurée. Merlin n'a pas tort de crier au scandale!

Une fille fait inscrire un enfant étranger qu'elle s'était procuré au prix de 96 francs, comme étant son enfant naturel; elle espérait par là vaincre l'opposition du père de l'homme avec lequel elle vivait en concubinage; celui-ci consentait à l'épouser, mais le père refusait son consentement. Le ministère public la poursuivit d'office. Il a été jugé par la cour de cassation qu'il y avait lieu d'appliquer l'article 327 (1). C'est la jurisprudence constante de la cour suprême quand la déclaration mensongère constitue un faux d'où résulte une suppression d'état (2).

Il résulte de ces arrêts que le délit de supposition de part est compris dans les termes généraux de l'article 327. En effet, on ne peut attribuer un état faux à un enfant sans supprimer son état véritable. Il résulte encore de la jurisprudence que les faits connexes à la suppression d'état ne peuvent être poursuivis isolément par le ministère public, tant que la question d'état n'a pas été jugée au civil; par cela même que les faits sont connexes, ceux qui ne se rapporteraient pas directement à la suppression d'état conduiraient néanmoins à la preuve indirecte de la filiation par témoins, si la poursuite criminelle était admise. Dès lors il faut appliquer l'article 327 (3).

477. Du principe que l'article 327 est applicable quand l'état de l'enfant doit être préjugé par le résultat des poursuites criminelles, suit qu'il n'y a pas lieu d'appliquer cette disposition dans les cas où l'action criminelle ne préjuge pas l'état de l'enfant. Donc quand l'état de l'enfant n'est pas contesté, il ne peut pas s'agir de l'article 327, par la raison très-simple qu'il ne peut pas naître de question d'état; il ne peut donc pas y avoir de jugement sur

(1) Arrêts du 25 floréal an x et du 2 mars 1809 (Dalloz, aux mots *Faux*, n° 272, et *Paternité*, n° 369, 4°).
(2) Arrêts du 21 août 1812 et du 24 juillet 1823 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 369, 6°), du 19 juillet 1849 (Dalloz, 1840, 5, 199, n° 3).
(3) Arrêt de Paris du 10 janvier 1851 (Dalloz, 1851, 2, 27).

la question d'état, comme le suppose le texte ; il ne peut pas davantage s'agir de frauder la loi civile, puisqu'il n'y aura pas lieu d'appliquer la loi civile.

Ainsi il va sans dire que le délit d'exposition d'un enfant ne tombe pas sous l'application de l'article 327. L'état de l'enfant n'est pas en cause dans la poursuite de ce délit; l'action criminelle reste donc étrangère à la question d'état; elle a uniquement pour objet de punir celui qui a exposé un enfant à la mort en l'abandonnant; la punition du coupable ne préjugera en rien la filiation de cet enfant (1).

L'article 345 du code pénal de 1810 punit de la reclusion ceux qui sont coupables d'enlèvement, de recel ou de suppression d'un enfant. Ce crime, par lui-même, n'a pas pour objet de supprimer l'état de l'enfant ; sa filiation, une fois la suppression prouvée, peut être très-certaine; dès lors il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 327. La cour de cassation l'a jugé ainsi à plusieurs reprises (2). Toutefois la suppression d'état peut accompagner le crime de suppression de l'enfant. Le cas s'est présenté dans une des espèces que la cour de cassation a eu à décider. Il y avait eu supposition de la naissance d'un enfant dont la prévenue n'était pas accouchée; il y avait eu inscription, à l'aide du faux, d'un acte de naissance constatant que la prévenue était accouchée d'un enfant qui n'était pas né d'elle. Ces deux faits impliquaient évidemment une question d'état et par conséquent l'article 327 était applicable. Mais antérieurement à ces faits, un enfant avait été enlevé et recélé : ce crime était distinct et indépendant de la suppression de l'état de cet enfant; il y avait donc lieu d'admettre l'action publique pour le crime de suppression d'enfant : dans cette instance, il ne pouvait être question de la filiation, donc la décision ne préjugeait pas l'état de l'enfant, et par suite il n'y avait pas lieu à l'application de l'article 327 (3). Il ne suffit pas que la question de filiation se

(1) Cela a déjà été reconnu au conseil d'Etat (Toullier, t. II, n° 906, p. 124). Demolombe, t. V, p. 253, n° 275.
(2) Voyez les arrêts dans Dalloz, au mot *Paternité*, n° 371, 1°.
(3) Arrêt de cassation du 1er octobre 1842 (Dalloz, au mot *Paternité*, p. 280).

rattache incidemment au crime de suppression d'enfant, en ce sens que l'enfant ait été supprimé pour détruire sa filiation; les deux crimes n'en restent pas moins distincts et le jugement qui constate la suppression d'enfant ne préjuge en rien la filiation de cet enfant. Donc nous ne sommes ni dans le texte ni dans l'esprit de l'article 327 (1).

L'article 345 du code pénal de 1810 punit aussi de la reclusion la supposition d'un enfant à une femme qui n'est pas accouchée. Ce crime peut ne pas impliquer une suppression d'état. Le mari, de complicité avec sa femme, suppose à sa femme un enfant sans que celle-ci soit accouchée, dans le but de faire révoquer une donation faite par sa femme avant son mariage. Il fait, en conséquence, une fausse délaration de naissance, puis une fausse déclaration de décès. Le ministère public pouvait-il poursuivre? Oui, certes ; car il n'y avait pas d'enfant, il ne pouvait donc s'agir de la suppression d'état d'un enfant qui n'avait jamais existé (2).

Le mari fait inscrire comme vivant un enfant né réellement de sa femme, mais mort dans l'accouchement. Cette fausse déclaration est-elle régie par l'article 327? Non évidemment, car la filiation est certaine, partant il ne peut jamais s'élever une question d'état. Le seul objet du débat, s'il est porté devant le tribunal criminel, est de savoir si l'enfant est né mort ou vivant. Donc il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 327 (3).

Le mari, forçat évadé et marié sous un faux nom, fait inscrire son enfant sous ce même nom. Poursuivi de ce chef, la cour de Gand le renvoie de l'accusation par application de l'article 327, le père ayant pris de faux noms dans l'acte de naissance. L'arrêt fut cassé, et avec raison. Il ne pouvait pas s'élever de question d'état dans l'espèce, par l'excellente raison que la filiation de l'enfant était certaine; en effet, l'indication du nom de la mère était exacte,

(1) Arrêt de cassation du 20 mars 1862 (Dalloz, 1867, 5, 162).
(2) Arrêt de la cour de cassation du 7 avril 1831 (Dalloz, au mot *Actes de l'état civil*, n° 505).
(3) Arrêt de la cour de cassation du 8 juillet 1824 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 371, 3°).

dès lors l'enfant avait pour père le mari de la mère, bien que le mari figurât sous un faux nom dans l'acte de naissance (1).

Nous avons dit que la loi maintient les principes de droit commun pour le mariage. Le ministère public peut donc poursuivre les délits concernant l'état des époux, sans qu'il y ait lieu à lui opposer la disposition exceptionnelle de l'article 327. Cela ne fait pas de doute. Mais que faut-il décider si le jugement sur l'état des époux est de nature à influer sur l'état des enfants en leur enlevant la légitimité? Il a été jugé qu'il y avait lieu, dans ce cas, d'appliquer l'article 327 (2). C'est une erreur évidente. Par *question d'état,* l'article 327 entend une instance qui concerne la filiation de l'enfant, ce qui suppose le mariage constant. Quand c'est la célébration du mariage qui fait l'objet du débat, il ne s'agit plus de filiation, donc on n'est pas dans les termes de la loi; et comme elle est tout à fait exorbitante du droit commun, on ne peut pas l'étendre.

N° 3. A QUELLES ACTIONS S'APPLIQUENT LES PRINCIPES SUR LES RÉCLAMATIONS D'ÉTAT.

478. L'action en réclamation d'état est régie par des principes particuliers; elle n'appartient, en règle générale, qu'à l'enfant; elle est imprescriptible à son égard, et ne peut faire l'objet d'aucune convention; elle ne peut être portée que devant les tribunaux civils. Il importe donc de déterminer quels sont les caractères qui distinguent l'action en réclamation d'état. L'expression indique quel est son objet : c'est l'état de l'enfant, c'est-à-dire sa filiation. Quand y a-t-il lieu à cette réclamation? L'article répond implicitement à notre question : « Nul, dit la loi, ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession conforme à ce titre. » De là suit que celui qui a un acte de naissance, mais con-

(1) Arrêt de la cour de cassation de Belgique du 29 janvier 1836 (*Jurisprudence du* XIXe *siècle*, 1836, 1, 114).
(2) Arrêt de Grenoble du 9 décembre 1822 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 374).

traire à sa possession, peut réclamer. Il le peut encore s'il a un acte de naissance sans possession; l'article 323 le dit : l'enfant peut avoir été inscrit sous de faux noms, il a le droit de réclamer sa filiation véritable. L'enfant peut aussi avoir une possession sans titre, soit qu'il n'ait pas d'acte de naissance, soit qu'il ait été inscrit comme né de père et mère inconnus. Enfin l'enfant qui n'a ni titre ni possession peut réclamer son état, cela est dit dans l'article 323.

Pour qu'il y ait lieu d'appliquer les principes qui régissent les questions d'état, il ne faut pas que l'enfant soit demandeur; s'il défend à une action en contestation d'état dirigée contre lui, il devient demandeur en opposant son état. D'ailleurs la contestation par elle-même soulève une question d'état; aussi l'article 322 la met-elle sur la même ligne que la réclamation, en décidant que nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance. Il y a donc lieu à la contestation d'état dans les mêmes cas où l'enfant peut réclamer son état, et dans toutes ces hypothèses, c'est une question d'état qui fait l'objet du procès. Par application de ces principes, la cour de cassation a décidé qu'il y avait une question d'état, et une vraie réclamation d'état, lorsque le demandeur voulait faire quitter à l'enfant le nom qu'il portait, en lui opposant son acte de naissance; l'enfant ne réclamait rien, il jouissait de l'état qu'on lui contestait; mais comme son titre était contraire à sa possession, il y avait lieu de contester son état; dès lors en défendant, il réclamait réellement un état contraire à son titre, ce qui constituait une réclamation d'état (1).

479. Quand il n'y a pas de réclamation d'état, les principes qui régissent cette action deviennent naturellement inapplicables. Un enfant meurt en possession de son état d'enfant légitime. Après sa mort, un débat s'engage entre le légataire universel du père et les descendants de l'enfant sur la légitimité de cet enfant. Le légataire oppose aux

(1) Arrêt du 10 messidor an XII (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 365, 4°). Merlin, *Questions de droit*, au mot *Question d'état*, § Ier (t. XII, p. 251).

héritiers que l'enfant étant mort après l'âge de vingt-six ans sans réclamer, ils étaient sans droit. Il a été jugé que l'article 329 n'était pas applicable (1). En effet, il n'y avait pas lieu pour l'enfant de réclamer un état qu'il possédait, car on ne réclame pas ce que l'on a. Il pouvait, à la vérité, s'élever un débat sur l'état de cet enfant, si sa possession avait été contraire à son acte de naissance; mais il n'y avait pas de titre; l'enfant pouvait donc invoquer l'article 320 et soutenir que sa filiation légitime était établie par la possession d'état. Vainement le légataire opposait-il aux descendants de l'enfant que celui-ci était mort sans réclamer; la réponse des défendeurs était péremptoire : il n'y avait pas lieu de réclamer, donc leur défense aussi n'était pas une réclamation d'état.

480. L'enfant a un titre, mais irrégulier. Il peut en demander la rectification; ce n'est pas là réclamer un état; car encore une fois l'enfant ne peut pas réclamer ce qu'il a. Le titre seul, comme la possession seule, établit la filiation légitime; et quand la filiation est établie, il n'y a pas lieu de la réclamer. On opposerait vainement que l'acte irrégulier n'est pas un titre; cela n'est pas vrai dans le système du code civil; les irrégularités n'annulent pas l'acte, elles donnent seulement lieu à une rectification, et la rectification, loin d'ébranler le titre, le consolide. C'est l'opinion de tous les auteurs, et le principe même ne peut pas donner lieu à un doute (2). Quant à l'application du principe, il faut distinguer si les irrégularités concernent l'indication de la mère, ou si elles concernent l'indication du père.

S'il y a des erreurs matérielles dans le nom de la mère, sans que la maternité soit incertaine, il y a simplement lieu de rectifier ces irrégularités. L'action ne sera pas une réclamation d'état, car l'enfant a un état dès que l'acte de naissance fait connaître sa mère. Mais si les erreurs étaient telles que la maternité fût incertaine, alors l'enfant n'a pas de titre, et s'il agit en rectification, l'action a réellement

(1) Arrêt de Pau du 9 mai 1829 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 252).
(2) Duranton, *Cours de droit français*, t. III, p. 151, n° 152. Arrêt de Paris du 10 août 1839 (Dalloz, au mot *Actes de l'état civil*, n° 420).

pour but d'établir sa filiation maternelle, donc c'est une réclamation d'état (1).

Si la filiation paternelle est mal indiquée, quelles que soient les irrégularités, elles n'altèrent pas le titre; nous en avons dit la raison (n° 398). L'acte de naissance n'a pas pour objet d'indiquer la filiation paternelle; dès lors les erreurs sont indifférentes. Il suffit que la maternité soit certaine pour que la paternité le soit aussi, puisqu'il s'agit de la filiation des enfants légitimes; le père peut seulement désavouer l'enfant, mais l'action en désaveu est régie par des principes spéciaux; il ne faut donc pas la confondre avec les actions qui ont pour objet de réclamer ou de contester l'état.

La cour de Paris et la cour de cassation ont décidé cette dernière question en sens divers dans l'espèce suivante (2). Un enfant est inscrit sur les registres de l'état civil, comme né de père et mère mariés; en réalité, la mère avait un mari autre que le père désigné. Les héritiers de l'enfant agissent en rectification de l'acte de naissance. On leur oppose l'article 329, aux termes duquel les héritiers ne peuvent intenter l'action en réclamation d'état, quand l'enfant est décédé, après l'âge de vingt-six ans, sans avoir réclamé. L'action était-elle une action en réclamation d'état? Non, d'après les principes que nous venons de poser. La maternité était certaine; dès lors l'acte de naissance prouvait la filiation légitime, même la filiation paternelle, sauf au père à désavouer l'enfant. Il n'y avait pas de désaveu, donc l'enfant avait un titre devenu incontestable, et par suite il n'avait rien à réclamer. Puisqu'il n'avait rien à réclamer, il n'y avait pas lieu à réclamation d'état. C'est la décision de la cour de Paris.

La cour de cassation a décidé que la rectification demandée n'avait d'autre but et d'autre résultat possible que de faire attribuer à l'enfant décédé un état différent de celui que lui avaient donné pendant toute sa vie son acte

(1) Zachariæ, édition d'Aubry et Rau, t. III, § 545 *bis*, p. 618 et suiv., et notes 7 et 10.

(2) Arrêts de Paris du 10 décembre 1852 et de la cour de cassation du 9 janvier 1854 (Dalloz, 1854, 1, 185).

de naissance et la possession; que l'action était par conséquent, sous le nom de demande en rectification, une vraie réclamation d'état. L'arrêt de la cour suppose que l'acte de naissance établissait la filiation paternelle; or, l'acte ne prouve jamais la paternité, alors même qu'il l'indique exactement; dans l'espèce, l'acte indiquait une paternité adultérine; la déclaration d'une paternité autre que celle du mari de la mère n'aurait pas dû être reçue par l'officier public; étant reçue, elle ne peut pas être opposée à l'enfant, qui a le droit d'invoquer la présomption de paternité légitime établie par l'article 312, jusqu'à ce que le mari de sa mère l'ait écarté par le désaveu. De là suit que cet enfant était légitime, et son état était prouvé par titre; il faut donc dire qu'il n'avait rien à réclamer, que partant il n'y avait pas lieu à une réclamation d'état, ni à l'application de l'article 329.

481. L'enfant a un titre, mais son identité est contestée. On demande si l'action ou l'exception par laquelle il établit son identité est une réclamation d'état. La question est douteuse. On peut dire que cet enfant a un état constaté par un titre, que par suite il ne réclame pas d'état; l'objet de son action n'est pas de lui attribuer un état, elle tend à prouver que l'état constaté par l'acte de naissance lui appartient. En principe, il faut donc décider que l'action de l'enfant n'est pas une réclamation d'état. Cela nous paraît incontestable, si l'action n'a réellement pour but que de prouver l'identité. Mais il se peut qu'un individu sans titre se prévale d'un acte de naissance qui n'est pas le sien, pour prouver par témoins sa prétendue identité, en échappant ainsi aux conditions rigoureuses que la loi exige pour la preuve de la filiation par témoins. Dans ce cas, l'action aurait pour objet véritable de réclamer un état, et par conséquent, il y aurait lieu d'appliquer les principes qui régissent l'action en réclamation d'état (1).

(1) Duranton, t. III, p. 151, n° 152. Demolombe, t. V, p. 216, n° 237. Zachariæ, t. III, § 545 *bis*, p. 620.

§ II. *De l'action en contestation d'état.*

482. La loi ne dit pas quand il y a lieu à l'action en contestation d'état; elle dit seulement quand l'état d'une personne ne peut plus être contesté, c'est quand elle a une possession conforme à son titre de naissance (art. 322). De là suit que l'état peut être contesté lorsqu'il ne repose que sur l'une de ces deux preuves, l'acte de naissance ou la possession d'état. Il faut au moins que l'enfant ait pour lui ou la possession ou un titre pour qu'il y ait lieu de contester son état; s'il n'a ni titre ni possession, alors légalement il n'a pas d'état, et l'on ne peut pas contester ce qui n'existe pas. On ne peut donc pas intenter d'action contre celui qui n'a pas d'état; mais on peut défendre à l'action en réclamation d'état formée par l'enfant qui n'aurait ni titre ni possession, et qui demanderait à faire preuve de sa filiation par témoins; l'article 325 le dit.

Il y a un cas dans lequel l'action en contestation d'état prend le nom de contestation de légitimité : quand l'enfant naît trois cents jours après la dissolution du mariage, sa légitimité peut être contestée. Cette action est régie par des principes spéciaux que nous avons exposés plus haut (n°s 460-463).

483. Qui peut intenter l'action en contestation d'état? La loi ne limite pas l'exercice de cette action à certaines personnes, comme elle le fait pour l'action en réclamation d'état. Il en faut conclure qu'elle reste sous l'empire du droit commun. Or, il est de principe que tous ceux qui ont intérêt peuvent agir. Cet intérêt doit être, en général, né et actuel, c'est-à-dire un intérêt pécuniaire. Mais il y a aussi des cas où un intérêt moral suffit, c'est quand l'objet du débat est moral, et tels sont les débats sur l'état des personnes. L'état est, avant tout, un droit moral. Voilà pourquoi la loi n'accorde qu'à l'enfant l'action en réclamation d'état. Mais quand il s'agit de contester l'état, tout membre de la famille à laquelle une personne prétend appartenir a le droit de contester cette prétention.

Il le peut, cela va sans dire, lorsque l'intérêt est pécuniaire ; il le peut aussi si l'intérêt est moral. Tel est le cas où un individu prend le nom et les titres d'une famille. Tout membre de cette famille peut lui contester ce droit, alors même qu'il n'y aurait en jeu aucun intérêt d'argent. Il n'y a nul doute sur ce point (1).

L'action en contestation d'état diffère, sous ce rapport, du désaveu par lequel on conteste l'état de l'enfant conçu ou né dans le mariage. Cette dernière action n'appartient, en principe, qu'au mari; elle n'appartient jamais aux membres de la famille, même les plus proches, à leur titre de parents; ils l'ont seulement, sous certaines conditions, en qualité d'héritiers. Tout parent, au contraire, peut contester l'état qu'une personne prétend avoir; bien entendu, à moins que, par son acte de naissance, elle ne prouve qu'elle est conçue ou née d'une femme mariée, pendant le mariage; dans ce cas, sa légitimité ne peut être attaquée que par le désaveu du mari et, s'il y a lieu, de ses héritiers. Hors le cas de désaveu, tout parent peut contester l'état de l'enfant; un frère peut contester l'état de son frère, bien que sa contestation implique le déshonneur de sa mère; la loi ne connaît pas d'exception ou de fin de non-recevoir fondée sur l'immoralité de l'action; ces considérations sont du domaine de la morale et non du droit. Cela a été jugé ainsi par la cour de Douai (2).

484. L'action en contestation d'état soulève une question d'état, pour mieux dire, elle a pour objet direct l'état qui est contesté. Elle implique donc nécessairement une question d'état. De là suit qu'il faut appliquer à la contestation d'état les principes qui régissent les actions concernant l'état des personnes (3). L'état est hors du commerce, dès lors il ne peut faire l'objet d'une convention (art. 1128). Une conséquence évidente de ce principe, c'est que celui qui a renoncé au droit de contester l'état d'une personne, celui qui a reconnu sa légitimité, peut néanmoins

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Questions d'état*, § III, art. 2, n° 6. Voyez la jurisprudence dans Dalloz, au mot *Nom*, n°s 10 et suiv.
(2) Arrêt du 8 mars 1845 (Dalloz, 1845, 2, 163).
(3) Voyez, plus haut, n°s 426-430, p. 536 et suiv.

intenter l'action en contestation; en effet, toute renonciation, toute reconnaissance, en matière d'état, est frappée de nullité radicale, puisqu'elle manque d'objet : c'est un acte plus que nul, il n'a pas d'existence aux yeux de la loi, et partant il ne peut produire aucun effet (1).

Cette doctrine, enseignée par tous les auteurs (2), a été combattue par un magistrat dont le nom jouit d'une grande autorité. Troplong soutient que la transaction favorable à l'état de la personne peut toujours être opposée à celui qui l'a consentie; la reconnaissance de l'état produit, selon lui, une fin de non-recevoir insurmontable (3). Les conventions sur l'état seraient donc valables ou nulles, selon qu'elles consolideraient l'état ou qu'elles l'attaqueraient. Voilà une étrange théorie! Disons le mot, c'est une hérésie juridique, qui est en opposition avec les principes les plus élémentaires. L'état, considéré comme droit moral, est-il, oui ou non, dans le commerce? Est-ce que l'on vend, est-ce que l'on achète la parenté, le sang, la race? L'état est donc hors du commerce. Dès lors, il faut appliquer l'article 1128, conçu dans les termes les plus restrictifs : « Il n'y a que les choses qui sont dans le commerce qui puissent être l'objet des conventions. » Le principe est absolu : il n'y a pas à distinguer si la convention est favorable à l'état ou si elle lui est défavorable. Ces distinctions se comprendraient dans la bouche du législateur : à la rigueur, il pourrait sacrifier un principe de droit à la paix des familles. Quant à l'interprète, il est lié par les principes, il est enchaîné par les textes; il n'a pas à se préoccuper des intérêts généraux, du repos des familles. Les principes et rien que les principes, voilà sa mission. Troplong invoque des textes, mais des textes qui sont des exceptions. Il y en a une en matière de filiation : on peut opposer à l'action en désaveu la reconnaissance que le mari a faite de la légitimité de l'enfant (art. 314 et plus haut, nos 377 et 381). Mais les exceptions s'étendent-elles?

(1) Telle est la doctrine généralement reçue; nous l'établirons au titre *des Obligations*.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Transactions*, § V. Duranton, t. III, p. 98, n° 102. Zachariæ, t. III, p. 665, § 547 *bis*. Demolombe, t. V, p. 306, n° 332.
(3) Troplong, *Des transactions*, art. 2045, nos 69 et suiv.

et qui ne sait que le désaveu est une action tout à fait exceptionnelle? Cela décide la question. Les principes sont si évidents, que l'on ne conçoit pas qu'il y ait un dissentiment dans la doctrine et dans la jurisprudence. Il n'y a qu'une restriction à apporter à cette décision, nous l'avons faite d'avance. C'est l'état considéré comme droit moral qui est hors du commerce; les avantages pécuniaires que la loi y attache sont certainement dans le commerce, ils peuvent donc faire l'objet de conventions et de transactions; mais les effets de ces conventions ne dépassent pas l'objet des contrats; ils restent étrangers à l'état proprement dit.

Un enfant reconnaît sa sœur comme légitime, il l'admet, comme telle, au partage de la succession maternelle. Après sa mort, ses héritiers contestent l'état de la sœur. On leur oppose la reconnaissance de leur auteur. La cour de Bourges écarta cette fin de non-recevoir par le motif « que des conventions privées ne peuvent rien sur des objets relatifs à l'ordre public. » Vainement objectait-on que les héritiers ne pouvaient avoir plus de droits que leur auteur. Sans doute ils n'auraient pu attaquer le partage consenti par le défunt; mais malgré sa reconnaissance, le frère aurait pu contester l'état de sa sœur, donc ses héritiers avaient le même droit (1). La cour d'Orléans l'a décidé ainsi dans une espèce où l'on invoquait en faveur d'un enfant adultérin l'acte de partage auquel il avait concouru comme enfant légitime; l'arrêt maintint le partage, mais il annula la reconnaissance. Dans ce débat, on soutint que les deux faits juridiques étaient indivisibles, que l'enfant n'avait été admis au partage qu'en qualité d'enfant légitime; que si, en suite de l'action en contestation, l'enfant était déclaré adultérin, l'acte de partage devait aussi être annulé. La cour rejeta cette indivisibilité imaginaire : rien de plus distinct que l'état, droit moral, et les successions auxquelles on est appelé en vertu de son état (2).

(1) Arrêt de Bourges du 15 mars 1809 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 461).
(2) Arrêt d'Orléans du 6 mars 1841 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 387, 3°).

La jurisprudence de la cour de cassation est contraire à notre opinion; nous citerons l'arrêt le plus récent. On dit d'ordinaire que la cour de cassation plane au-dessus des passions qui s'agitent devant les tribunaux appelés à juger les questions de fait. Il n'en est rien, et il est impossible que cela soit. Le magistrat ne parvient jamais à s'abstraire, comme le font les auteurs qui manient les principes comme si c'étaient des formules mathématiques; il subit nécessairement l'influence des faits. Or, dans les contestations d'état, les faits sont presque toujours favorables à l'enfant dont l'état est attaqué par des motifs d'intérêt, alors que ceux-là mêmes qui le contestent l'ont reconnu jadis. Dans l'espèce jugée en 1849 par la cour suprême, une faveur extraordinaire plaidait pour l'enfant, dont ses frères contestaient la légitimité. La mère, mariée à un émigré, fut sauvée de l'échafaud par l'homme à qui elle se livra et avec qui elle se maria ensuite. L'enfant né de ce commerce, adultérin, il est vrai, fut toujours reconnu comme légitime par ses frères et sœurs nés dans le mariage : comment auraient-ils songé à contester la légitimité de celui qui était leur bienfaiteur, à qui ils devaient leur fortune! Cependant ils finirent par contester l'état du bâtard adultérin. La cour d'Aix les repoussa et la cour de cassation maintint l'arrêt (1). C'est à peine si nous osons élever la voix contre ces décisions. Mais notre travail n'a d'autre but que de maintenir les principes dans toute leur rigueur. Sur ce terrain, rien n'est plus faible que la jurisprudence de la cour de cassation. Elle repose sur la distinction que Troplong enseigne. La cour avoue que nul ne peut abandonner un état qu'il tient de la loi, tandis que l'ordre public est intéressé à imposer silence aux héritiers qui, dans un intérêt pécuniaire, veulent contester une légitimité reconnue volontairement et en connaissance de cause. La cour en conclut que la reconnaissance étend ses effets à l'état civil de l'enfant, aussi bien que sur tous

(1) Arrêt du 28 novembre 1849 (Dalloz, 1850, 1, 113). Il y a d'autres arrêts dans le même sens, rendus par la cour de cassation et par des cours d'appel. Voyez la note de Dalloz, *Recueil périodique*, 1850, 1, p. 113, et Dalloz, *Répertoire*, au mot *Paternité*, n° 388.

les droits qui en sont l'attribut et la conséquence. Ainsi l'état des personnes changerait de nature selon qu'on le réclame ou qu'on le conteste! Il est hors du commerce quand c'est l'enfant qui le réclame, il est dans le commerce quand on le lui conteste! Donc un seul et même droit serait tout ensemble dans le commerce et hors du commerce! Il nous semble que l'erreur est palpable!

485. L'action en contestation d'état est-elle imprescriptible? Si l'on admettait la doctrine de la cour de cassation que nous venons de combattre, il faudrait décider que l'action en contestation est prescriptible ; en effet, si l'on peut renoncer à contester l'état, on peut aussi y renoncer tacitement en n'agissant pas. Dès que l'état peut faire l'objet de conventions, de transactions, il peut aussi s'acquérir par la prescription. Cependant tous les auteurs enseignent le contraire, et avec raison. L'état n'est jamais dans le commerce; il ne peut donc pas plus s'acquérir que se perdre par la prescription. Il est vrai que le code civil déclare seulement imprescriptible l'action en réclamation d'état, d'où l'on pourrait conclure que l'action en contestation est prescriptible. Mais ce raisonnement, basé sur le silence de la loi, doit être rejeté, parce qu'il est en opposition avec les principes. On voit ici combien l'argumentation, appelée *a contrario*, est mauvaise. Si la loi déclare la réclamation d'état imprescriptible, et si elle ne dit pas la même chose de la contestation d'état, c'est que pour la réclamation il y avait une distinction à faire entre l'enfant et ses héritiers, tandis que pour la contestation il n'y a pas de différence à faire, en ce sens qu'elle s'adresse toujours à l'enfant, car il s'agit de contester l'état considéré comme droit moral, et il n'y a que l'enfant qui possède un état proprement dit. La loi n'avait pas besoin d'ajouter que l'action en contestation est imprescriptible : cela résulte suffisamment du principe que l'état est hors du commerce (1).

Il y a sous ce rapport une différence entre l'action en contestation d'état et l'action en désaveu. Celle-ci doit

(1) Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. V, p. 304, n° 328.

être intentée dans un délai très-court. Nous en avons dit la raison (n° 444). Ce délai est plutôt un aveu qu'une prescription, en ce sens que le mari qui ne désavoue pas immédiatement l'enfant le reconnaît par cela même comme légitime, et l'ayant avoué, on conçoit qu'il ne soit plus admis à le désavouer.

La jurisprudence est conforme à la doctrine. Il a été jugé que la disposition de l'article 322 qui déclare que l'on ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance, n'empêche pas de contester la légitimité de l'enfant qui réunirait cette double preuve; et que l'action par laquelle on conteste la légitimité en prouvant qu'il n'y a pas eu de mariage est imprescriptible. En effet, l'article 322, comme nous l'avons dit (n° 413), ne concerne que la filiation, et il suppose que le mariage est constant, puisqu'il n'y a que les enfants nés de parents mariés qui peuvent invoquer la possession d'état et l'acte de naissance comme preuve de leur filiation. On peut donc toujours soutenir qu'il n'y a point de mariage, et cette action est imprescriptible. Il n'y a pas de texte qui le dise; mais cela n'était pas nécessaire. Comme le dit la cour d'Agen, l'état des hommes n'étant pas dans le commerce, il ne saurait pas plus s'acquérir que se perdre par la prescription (1).

Il va sans dire que les droits pécuniaires, tels que les droits d'hérédité, peuvent s'acquérir comme ils peuvent se perdre par la prescription. L'action en pétition d'hérédité se prescrit par trente ans; après les trente ans, on peut encore contester l'état de l'enfant qui a recueilli la succession, mais quoique l'action soit admise, il conservera les biens qu'il a acquis par prescription.

486. Les articles 326 et 327, qui règlent la compétence en matière de réclamation d'état, sont-ils applicables à l'action par laquelle on conteste l'état de l'enfant? Oui, et sans aucun doute. Il est vrai que l'article 326 ne parle que de la *réclamation d'état*, mais l'article 327 emploie l'expression générale de *questions d'état*. D'ailleurs

(1) Arrêt de la cour d'Agen du 19 janvier 1864 (Dalloz, 1865, 2, 16).

les deux actions se confondent en réalité. Si l'enfant réclame son état, c'est qu'il y a quelqu'un qui le lui conteste; et si on le lui conteste, il se défendra en le réclamant. Dès lors la compétence doit être la même pour la contestation et pour la réclamation d'état. Cela ne fait aucun doute.

§ III. *De la chose jugée en matière d'état.*

487. Il y a chose jugée, aux termes de l'article 1351, quand la chose demandée dans la seconde instance est la même que celle qui a été décidée dans le premier procès, et que la demande est fondée sur la même cause et formée entre les mêmes parties. Ces principes s'appliquent aux jugements rendus en matière d'état. Mais il y a quelque difficulté sur le point de savoir quand la chose demandée est la même. Voici un cas qui s'est présenté devant la cour de cassation. Des collatéraux poursuivent le délaissement des biens dont l'enfant du défunt s'était emparé, selon eux, sous la fausse qualité de fils légitime, alors que le père était décédé célibataire. Jugement par défaut qui décide que l'enfant est fils légitime du défunt, et qu'en cette qualité il est son seul et unique héritier. Ce jugement n'est pas attaqué. Cinq ans plus tard, les mêmes collatéraux forment une nouvelle demande tendant à ce qu'il soit fait défense à l'enfant de prendre à l'avenir le nom et la qualité de fils légitime du défunt. Le tribunal déclare leur demande non recevable, en se fondant sur la chose jugée. Sur l'appel, la cour de Paris rejette l'exception de chose jugée, attendu que le premier jugement n'avait statué que sur la réclamation de l'identité, et non sur l'état de l'enfant. L'arrêt fut cassé pour violation de l'article 1351 sur l'autorité de la chose jugée (1). En apparence, la cour de Paris avait raison. Les collatéraux avaient demandé le délaissement des biens, ils n'avaient pas contesté la légitimité. Mais la question d'état fut forcément posée devant

(1) Arrêt de cassation du 15 juin 1818 (Dalloz, au mot *Paternité*, n° 390).

le tribunal, puisque le délaissement n'aurait pu être prononcé que si l'enfant avait été déclaré illégitime; aussi le tribunal commença-t-il par décider la question de légitimité. Or, une fois l'enfant déclaré légitime, il avait certes le droit de prendre le nom et la qualité de son père. Donc la nouvelle demande était déjà décidée par le premier jugement.

Il résulte de là une conséquence très-importante : c'est qu'une fois la question d'état décidée, il y a chose jugée non-seulement quant à l'état, mais encore pour tous les droits qui dérivent de l'état. Cela est très-logique. Car si l'enfant pouvait réclamer les successions qui viennent à s'ouvrir après qu'un premier jugement l'aurait déclaré illégitime, le second jugement serait en opposition avec le premier, en supposant qu'il admît la pétition d'hérédité; en effet, il ne pourrait l'admettre qu'en déclarant l'enfant légitime, tandis que le premier juge l'a déclaré illégitime. Or, c'est précisément cette contrariété de décisions judiciaires que le législateur a voulu éviter en établissant l'exception de chose jugée. Cela est aussi fondé en raison; comme le dit la cour de Paris dans une cause célèbre (1), les intérêts divers et successifs qui se fondent sur une question d'état ne peuvent autoriser à la représenter indéfiniment à la justice; lorsqu'elle a été discutée et décidée pour le nom de famille, cette question ne peut l'être encore pour les droits héréditaires ou pour tout autre intérêt qui pourrait survenir; en effet, ce serait éterniser les débats sur les contestations les plus irritantes, alors que la loi y veut mettre un terme en proclamant le principe que la chose jugée est l'expression de la vérité.

488. Puisque la chose jugée en matière d'état repose sur les mêmes principes que la chose jugée en général, il faut aussi appliquer ces principes quant aux effets qu'elle produit. La question est cependant très-controversée. Il s'agit de savoir si les jugements rendus en matière d'état ont effet seulement à l'égard de ceux qui sont parties en

(1) Arrêt du 1er juillet 1861, aff. de Mme Elisa Patterson et Jérôme Bonaparte (Dalloz, 1861, 2, 148).

cause, ou s'ils ont effet à l'égard de tous. La réponse se trouve dans le texte de l'article 1351 : l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'entre les mêmes parties. Y a-t-il une exception à cette règle générale dans les questions d'état? Une exception demande un texte, le législateur seul pouvant créer des exceptions aux principes qu'il établit. La difficulté se réduit donc à savoir s'il y a une exception à l'article 1351, dans notre code civil. Il n'y a qu'une seule disposition qui prévoie le cas d'un jugement rendu en matière d'état, et cette unique disposition applique la règle générale sur les effets de la chose jugée : c'est l'article 100, qui porte : « Le jugement de rectification ne pourra, dans aucun temps, être opposé aux parties intéressées qui ne l'auraient point requis, ou qui n'y auraient pas été appelées. » Cela est décisif, nous semble-t-il.

On objecte que la doctrine admet une exception aux effets de la chose jugée, en matière d'état, bien que cette exception ne soit consacrée par aucun texte. Nous avons enseigné avec tout le monde que le jugement rendu sur le désaveu du mari fait loi pour toute la famille. Pourquoi admet-on cette exception, quoiqu'elle ne soit pas écrite dans la loi? C'est, dit-on, une application du principe que les jugements rendus avec le *contradicteur légitime* ont effet à l'égard de toutes les parties intéressées. Or, ce principe doit s'appliquer non-seulement au désaveu, mais à toutes les questions d'état.

La théorie du *contradicteur légitime* vient de l'ancien droit; elle était professée par d'Argentré, mais elle est toujours restée incertaine; on n'est jamais parvenu à déterminer avec précision qui est réputé *contradicteur légitime* en matière d'état. D'Argentré dit que c'est celui qui a le *premier et principal intérêt*, celui auquel appartient le *primitif et proche intérêt*. Toullier, grand partisan de cette doctrine, avoue que cela est un peu vague (1). Mais vague ou non, il s'agit de savoir si le code Napoléon a maintenu l'ancienne doctrine. Si c'était un principe dé-

(1) Toullier, t. X, n° 219. D'Argentré, *Avis sur les partages des nobles* quest. 29, n° 7.

coulant de l'autorité de la chose jugée, on pourrait l'admettre, bien qu'il ne soit pas formulé dans nos textes. Mais les auteurs mêmes qui enseignent cette opinion disent que c'est une exception aux principes (1). Cela décide déjà à moitié la question. Introduire une exception dans la loi, c'est faire la loi, c'est donc dépasser la mission et le pouvoir de l'interprète. Dans l'espèce, il est certain que les interprètes font la loi ; pour s'en convaincre, on n'a qu'à lire les conditions qu'ils exigent pour que le jugement soit censé rendu avec le contradicteur légitime. Il faut d'abord qu'il ait été rendu avec un contradicteur légitime; or, le mot ne se trouve pas dans le code civil, ni l'idée. Qui donc nous dira ce que c'est qu'un *contradicteur légitime?* Ce sont les auteurs, alors que le législateur seul aurait le droit de parler. Seconde condition : le jugement ne doit pas être par défaut. Voici une nouvelle dérogation au droit commun, une nouvelle exception dans une exception, sans texte aucun. Troisième condition : il ne doit pas y avoir de collusion entre les parties en cause. Nous demandons qui autorise les interprètes à prescrire ces conditions? N'est-ce pas là l'œuvre du législateur?

On invoque des lois romaines. Ces lois eussent-elles consacré la théorie du *légitime contradicteur*, elles seraient sans autorité, puisqu'elles sont abrogées avec tout l'ancien droit, à moins que l'on ne démontre que la volonté du législateur a été de les maintenir. Mais Merlin a prouvé que les anciens jurisconsultes ont mal interprété les textes qu'ils citent (2), et Savigny est d'accord avec lui (3). Les lois romaines appliquent les principes sur la chose jugée aux questions d'état. Elles admettent seulement deux exceptions. L'une de ces exceptions concerne le désaveu. Les auteurs du code Napoléon l'ont consacrée implicitement en donnant au mari seul le droit de désavouer l'enfant; il suit de là que ce qui est jugé avec le mari fait loi

(1) Toullier, t. X, nº 216. Bonnier, *des Preuves*, nº 703.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Question d'état*, § III, art. 1er, nº III (t. XXVI, p. 264).
(3) Savigny, *Traité de droit romain*, t. VI, p. 478 et suiv. (traduction de Guenoux).

pour tous. Mais quand il s'agit d'une autre action que le désaveu, toute partie intéressée peut contester; dès lors il n'y a pas lieu à étendre à ces actions ce que l'on admet pour le désaveu; il faut dire au contraire que chacun a le droit de faire valoir son intérêt, que chacun par conséquent ne représente que soi, ce qui est décisif en matière de chose jugée.

Notre conclusion est que la doctrine du *contradicteur légitime* est étrangère au droit romain, étrangère au code civil. Nous ajoutons que le législateur français a bien fait de ne pas reproduire la théorie des anciens interprètes parce que cette théorie est fausse. Elle est fausse au point de vue des principes qui régissent la chose jugée, fausse au point de vue de l'état des personnes. Si la chose jugée est l'expression de la vérité, c'est parce que ceux à l'égard desquels le jugement a effet ont été entendus, ont fait valoir leurs droits, ou que du moins ils ont été représentés par ceux qui sont parties en cause. La question se réduit donc à savoir si, en matière d'état, un seul membre de la famille a qualité pour représenter la famille entière. De qui les prétendus *contradicteurs légitimes* tiendraient-ils ce pouvoir? De la loi? Elle est muette et son silence suffit pour repousser ces prétentions. De la nature? Elle donne à chaque homme un droit individuel, droit qui tient du sang, droit qu'il ne peut transmettre ni communiquer; d'où suit que chacun ne représente que lui-même, et n'a aucune qualité pour représenter la famille (1).

On a fait une objection contre la doctrine de Merlin que nous venons de résumer. L'état, dit-on, est indivisible, personne ne peut être tout ensemble légitime et illégitime; cependant il résultera des effets de la chose jugée, si on les applique à l'état, que le même individu sera légitime à l'égard de tel membre de la famille et illégitime à l'égard de tel autre. Sans doute l'état est indivisible, il

(1) C'est la doctrine de Merlin (*Répertoire*, au mot *Question d'état*, § III, art. 1, n[os] 2-11, et art. 2, n[os] 2-5) suivie par Zachariæ et Demolombe; la plupart des auteurs adoptent l'opinion contraire (voyez Zachariæ, § 547 *bis*, t. III, p. 667, note 23. Demolombe, t. V, p. 285 et suiv., n[os] 307 et suiv., et Dalloz, au mot *Chose jugée*, n[o] 271).

famille qui n'étaient pas encore nés au moment où a été rendu, contre les auteurs de leurs jours, un jugement passé en force de chose jugée, qui a fait entrer dans cette famille un étranger, ne peuvent pas revenir contre ce jugement, parce qu'ils ne peuvent pas, après leur naissance, prétendre exclusivement à des droits de famille qui, avant leur naissance, étaient acquis à d'autres (1). » Cette décision est-elle en harmonie avec la rigueur des principes? Sans doute l'enfant qui a obtenu un jugement par lequel il est déclaré légitime a un droit acquis à la légitimité, mais contre qui? Contre le père, et contre le père seul, puisque lui seul était en cause. A quel titre ce jugement aurait-il effet contre les enfants qui naissent postérieurement? Il n'y aurait qu'un motif juridique pour le décider ainsi, c'est si le père représentait ses enfants. Il ne représente pas ceux qui sont nés; pourquoi? Parce qu'ils tiennent leur droit de leur sang. Est-ce que les enfants qui viennent à naître n'ont pas le même sang? Tous les enfants ne sont-ils pas de la même race? Le droit qu'ils tiennent de la race peut-il être modifié par un jugement où ils n'ont pas été parties?

Il est vrai que, dans l'ancien droit, d'Argentré décidait que si un jugement déclarait que le père n'était pas noble, les enfants nés avant le jugement n'étaient pas liés par la sentence du juge, tandis qu'elle pouvait être opposée aux enfants nés postérieurement (2). Les nobles auraient pu réclamer contre cette décision; au point de vue de leurs préjugés, ils tiennent la noblesse de la race; est-ce que le jugement peut changer le sang? Nous comprenons que l'avis des jurisconsultes soit différent. La noblesse est un bénéfice de la loi; donc le juge peut déclarer que telle personne n'a jamais joui de ce bénéfice, et par suite les enfants qui en naîtront après le jugement ne seront pas nobles. Toutefois nous préférerions encore l'opinion contraire. Le jugement n'enlève jamais un droit, il ne fait que décla-

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Question d'état*, § III, art. 2, n° 3 (t. XXVI, p. 281).
(2) D'Argentré, *Avis sur les partages des nobles*, chap. XXXIX, n° 6.

du légitime contradicteur. L'arrêt commence par poser en principe que l'enfant qui réclame son état, sans avoir ni titre ni possession, doit établir la maternité de la femme et la paternité du mari. Ceci déjà est inexact ; l'enfant ne doit jamais prouver la paternité, la présomption de l'article 312 lui tenant lieu de preuve. De là l'arrêt conclut qu'il est absolument inadmissible que l'enfant qui, sur une réclamation de cette nature, n'a mis en cause que le mari, se soit par cela même réservé la faculté de la reproduire contre la femme ou les enfants : sans entrer dans le débat de l'indivisibilité et du contradicteur légitime, dit la cour, il ne peut devenir juridique que par le fait de celui-là même qui réclame la *double filiation* qui peut seule aboutir à la légitimité, la question puisse être divisée de telle sorte qu'il demeure encore recevable à se dire le fils du mariage, après qu'il a été jugé entre lui et l'un des époux qu'il n'était pas son fils. Nul, continue l'arrêt, ne peut être autorisé à décliner les conséquences nécessaires de la situation qu'il a créée : procéder contre le mari seul, c'est d'avance accepter comme définitive et absolue la décision à intervenir (1).

Voilà une nouvelle théorie qui fonde l'indivisibilité sur le fait que l'enfant intente son action en réclamation contre un seul des époux. Cette théorie nous paraît encore moins admissible que l'ancienne. L'autorité de la chose jugée repose sur l'identité des personnes qui ont été parties en cause et de celles auxquelles on oppose le jugement. Dans l'espèce, cette identité n'existait pas, au moins pour l'enfant né du mariage, la sœur du réclamant. Elle n'avait pas été en cause, donc elle ne pouvait invoquer le bénéfice du jugement. Il était décidé à l'égard du père que le réclamant n'était pas son fils ; mais cela n'était pas décidé à l'égard de la mère ni de ses enfants, alors qu'il s'agissait d'une succession maternelle. La cour admet donc une exception à la chose jugée, et elle cherche la raison de cette exception dans le fait du réclamant. Est-ce du fait du demandeur que dépend l'autorité de la chose

(1) Arrêt du 3 janvier 1866 (Dalloz, 1866, 1, 418).

jugée? Peut-il faire, lui, que le bénéfice du jugement profite à des personnes qui n'ont pas été en cause? Il s'agit de savoir si le jugement est la vérité; le demandeur aurait beau déclarer qu'il entend que le jugement à intervenir soit la vérité au profit de tous; s'il est jugé contre lui, cette déclaration serait inopérante. Il ne pourrait pas la faire au préjudice des tiers; il ne peut pas davantage la faire à leur profit.

L'arrêt ajoute que l'action de l'enfant, qui, après avoir succombé dans sa réclamation contre son père, la renouvelle contre sa mère ou ses héritiers, serait la recherche d'une maternité adultérine. Ce point est douteux. La jurisprudence admet que l'action de l'enfant ne peut être reçue quand elle aurait pour résultat de constater une filiation adultérine (1). L'enfant demande à être reconnu comme fils légitime de sa mère; il le peut, car le jugement intervenu avec le mari n'a aucun effet à l'égard de la femme. Le droit de l'enfant reste donc entier. Mais l'exercice de ce droit n'aboutira-t-il pas nécessairement à une filiation adultérine? Non; c'est seulement quand le second jugement déclarera le demandeur enfant de la femme, que le mari pourra lui opposer le jugement qui déclare que l'enfant n'est pas son fils. Il y aura deux jugements qui, réunis, établiront que l'enfant né de la femme n'a pas pour père le mari de sa mère; il sera donc adultérin, mais non d'une manière absolue, puisque le jugement rendu avec le père n'a effet qu'à son égard. En définitive, il nous semble que l'action de l'enfant ne devrait être écartée que si les faits par lui invoqués prouvaient tout ensemble qu'il est enfant de telle femme et qu'il n'est pas enfant du mari de cette femme. L'action ne peut pas être écartée quand cette preuve résulte d'un jugement rendu avec le père seul.

490. Le jugement rendu avec les père et mère forme-t-il chose jugée à l'égard des enfants? Il faut distinguer; les enfants ont une double qualité; ils sont héritiers et ils

(1) Voyez le tome IV de mes *Principes*, nos 150-152. Ce principe s'applique-t-il à l'espèce jugée par la cour de cassation? Ici, il y a doute.

sont membres de la famille à laquelle ils appartiennent par le sang. Comme héritiers, ils sont nécessairement représentés par leur père dans les jugements où il a été partie, car ils n'ont d'autre droit sur l'hérédité de leur père que celui qu'ils tiennent du défunt comme successeurs universels; donc si un enfant a été déclaré fils légitime du défunt, les héritiers doivent l'admettre à la succession de leur père. Mais quant aux autres droits qui leur appartiennent comme membres de la famille, ils ne sont plus représentés par leur père, ils ont un droit à eux propre; c'est ce que la cour de cassation a décidé en termes formels. « Les enfants, dit-elle, acquièrent, en naissant d'un mariage légitime, des droits propres et personnels qu'il ne faut pas confondre avec ceux qui peuvent leur appartenir comme héritiers dans la succession de leurs auteurs; à l'égard de ces derniers droits, les enfants sont obligés de remplir tous les engagements de leurs auteurs, et par suite ils sont liés par les jugements où ceux-ci sont intervenus. Mais il en est autrement des droits de famille acquis aux enfants par le seul fait de leur naissance en mariage légitime; quant à ces droits, leurs auteurs ne peuvent ni les obliger par leur fait, ni les représenter dans les instances où ces enfants n'ont pas été personnellement appelés (1). » Dans l'espèce, il y avait un enfant issu d'un mariage légitime. Un autre enfant, né hors mariage, obtient contre le père un jugement qui le déclare légitime, comme né d'un prétendu mariage de son père avec une autre femme. Ce jugement a contre l'enfant né du premier lit l'autorité de la chose jugée quant à la succession du père, mais non relativement au nom et à la parenté, ni par conséquent quant aux successions qui viendraient à s'ouvrir après la mort du père (2).

Ne faut-il pas distinguer, dans l'application de ces principes, entre les enfants nés avant le jugement et ceux qui naissent après que le jugement a été rendu? Merlin fait cette distinction et il décide « que les membres d'une

(1) Arrêt de cassation du 9 mai 1821 (Dalloz, au mot *Chose jugée*, n° 273).
(2) Demolombe, t. V, p. 296 et suiv., n° 321.

l'est quand il n'y a aucune incertitude, aucune contestation sur la légitimité de celui qui le possède et qui exerce les droits que la loi y attache. Mais du moment qu'il y a contestation, l'état reposera sur un jugement; or, s'il est de l'essence des jugements d'être l'expression de la vérité, ils ne le sont néanmoins qu'entre les parties. Dès lors l'état n'existe qu'à l'égard de ceux qui ont figuré au procès. Il n'y a rien là de spécial aux questions d'état; c'est un principe général. La vérité certes est indivisible, car elle est absolue de son essence, ce qui n'empêche pas la vérité de se diviser quand elle résulte d'un jugement. Il est inutile de nous arrêter plus longtemps sur cette objection, puisque les auteurs du code civil l'ont eux-mêmes repoussée, en décidant que le jugement de rectification d'un acte de l'état civil ne peut être opposé à ceux qui n'ont pas été parties en cause (art. 100).

489. Dans l'application du principe, les partisans des deux opinions contraires se trouvent parfois d'accord; le plus souvent ils se divisent. Ainsi tout le monde admet que le jugement qui déclare un individu enfant légitime d'une femme mariée ne peut être opposé au mari de cette femme, s'il n'a pas été partie en cause (1). Il n'en est pas de même quand l'enfant intente une action en réclamation d'état contre un de ses père et mère et qu'il succombe. Un arrêt de la cour de cassation a admis la chose jugée dans l'espèce suivante. L'enfant agit en réclamation contre son père après le décès de sa mère; il succombe. Plus tard, l'un des enfants nés du mariage étant décédé, il renouvela sa demande en se présentant au partage de la succession recueillie par le père et la sœur du défunt. Le tribunal et la cour de Bordeaux écartèrent son action par l'exception de la chose jugée. La cour se fonde sur l'indivisibilité de l'état, et elle invoque la théorie du *contradicteur légitime*. Sur le pourvoi en cassation, il intervint un arrêt de rejet. Mais la cour n'a pas motivé sa décision sur l'indivisibibilité de l'état, ni sur la doctrine

(1) Zachariæ et les auteurs et arrêts qu'il cite, t. III, p. 667 et suiv., et note 24. L'arrêt de la cour de cassation, cité en date du 6 janvier 1809, est du 6 décembre 1808, d'après Dalloz, au mot *Chose jugée*, n° 272.

rer que ce droit n'a pas existé, et cette déclaration ne forme chose jugée qu'à l'égard de ceux qui ont été parties en cause.

491. Un enfant naît pendant l'absence du mari de sa mère; ses parents paternels le désavouent, tandis que les parents maternels le reconnaissent comme légitime. Le désaveu est admis par un jugement qui acquiert force de chose jugée. Plus tard les parents maternels contestent aussi la légitimité de l'enfant; ils soutiennent qu'il est né après la mort du père. La cour d'Angers rejette leur demande en se fondant sur la reconnaissance qu'ils avaient faite de la légitimité de l'enfant; au fond, elle décida qu'ils ne prouvaient pas la mort du mari. Pourvoi en cassation. Les demandeurs soutiennent que la cour a violé l'autorité de la chose jugée, le jugement ayant été rendu avec les contradicteurs légitimes de l'enfant. Ce moyen ne fut pas admis. Sans s'expliquer en termes formels sur la théorie du contradicteur légitime, la cour de cassation décida que le jugement rendu au profit des parents de la ligne paternelle n'avait pas l'autorité de la chose jugée au profit des parents de la ligne maternelle qui n'avaient pas été parties dans ce jugement (1).

492. Par application des mêmes principes, il faut décider que le jugement rendu sur une réclamation d'état avec quelques membres de la famille n'a aucun effet à l'égard des parents qui n'y ont pas figuré, alors même que les deux époux dont l'enfant se prétend issu auraient été parties en cause. C'est dans cette hypothèse surtout que l'on soutient que les époux sont les contradicteurs légitimes de l'enfant, et que ce qui est jugé avec eux est jugé avec toute la famille. Cela serait vrai si les époux avaient seuls le droit de contester la légitimité de l'enfant, comme le mari seul a le droit de le désavouer. Mais ce droit appartient à toute partie intéressée; donc tout parent a un droit qui lui est particulier, droit qu'il peut soutenir en justice et dont il ne peut être privé, parce que d'autres parents ont usé de leur droit, quand même ce seraient les

(1) Arrêt du 28 juin 1824 (Dalloz, au mot *Chose jugée*, n° 276).

époux dont le réclamant se dit le fils. Au premier abord, le droit paraît être, en ce point, en opposition avec le bon sens. Il n'en est rien. Rappelons-nous que l'état de l'enfant peut être contesté, s'il n'a pas pour lui la double preuve de la possession et du titre. Donc il peut l'être alors que l'enfant a pour lui la possession. Or, la possession a toujours été considérée comme la plus forte des preuves. Si malgré la possession, l'état de l'enfant peut être contesté, à plus forte raison faut-il admettre la contestation quand l'enfant a pour lui un jugement. Il est vrai que le jugement est l'expression de la vérité. Mais c'est là une fiction ; aussi la loi prend-elle soin d'en circonscrire les effets dans des limites étroites. C'est parce qu'une personne a été partie en cause qu'on peut lui opposer le jugement rendu après que, devant toutes les juridictions, elle a fait valoir ses droits ou ses prétentions. Par cela même, il serait inique de donner effet au jugement à l'égard de ceux qui n'ont pas figuré au procès. Il y a des inconvénients, sans doute, à ce que l'état de la même personne puisse être l'objet de nombreuses contestations, si toutes les parties intéressées n'ont pas été mises en cause; mais ces inconvénients tiennent à la nature des jugements; mieux vaut les accepter que de donner effet aux jugements à l'égard de ceux qui n'ont pas été parties au procès; cela serait plus qu'un inconvénient, ce serait une injustice (1).

493. Zachariæ admet une exception aux principes qui régissent la chose jugée : il enseigne que les membres de la famille qui n'étaient pas nés au moment où le jugement est rendu, y sont représentés par la totalité des membres actuellement existants. Nous avons déjà rencontré cette doctrine dans une autre espèce et nous l'avons combattue (n° 490). Elle nous paraît en contradiction avec les principes rigoureux de la chose jugée. Cette prétendue représentation n'est fondée sur rien. Les enfants qui naissent après le jugement sont représentés par leurs auteurs, en

(1) Zachariæ, t. III, p. 668 et note 26. Merlin, *Répertoire*, au mot *Question d'état*, § III, art. 3, n° 4 (t. XXVI, p. 283).

leur qualité d'héritiers, c'est-à-dire quant aux droits pécuniaires qui ont fait l'objet du litige; mais ils ne sont pas représentés et ils ne peuvent pas l'être quant aux droits de famille qu'ils tiennent du sang, de la race. Ils auraient certainement le droit de contester la légitimité d'un individu qui invoquerait la possession d'état. A plus forte raison doivent-ils avoir le droit de combattre les prétentions de celui qui leur oppose un jugement (1).

(1) C'est la remarque de Valette sur Proudhon, t. II, p. 113.

FIN DU TOME TROISIÈME.

TABLE DES MATIÈRES.

TITRE V. — Du mariage (suite).

CHAPITRE IV. — Nullité du mariage (suite).

Section V. — *De la preuve du mariage.*

§ Ier. *De l'acte de célébration.*

§ II. *De la possession d'état.*

§ III. *De la preuve résultant d'une procédure criminelle.*

Section VI. — *Des mariages contractés à l'étranger.*

§ Ier. *Principes généraux.*

§ II. *Sanction de l'article* 170.

§ III. *De la transcription de l'acte de célébration.*

CHAPITRE V. — Des obligations qui naissent du mariage.

Section I. — *Du devoir d'éducation.*

§ Ier. *De la nature de l'obligation.*

§ II. *Des frais d'éducation.*

§ III. *De la dot.*

Section II. — *De l'obligation alimentaire.*

§ Ier. *Principes généraux.*

§ VI. *De la répétition des aliments.*

CHAPITRE VI. — DES DROITS ET DES DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX.

SECTION I. — *Des devoirs communs aux deux époux.*

§ Ier. *Principes généraux.*

§ II. *Devoirs spéciaux.*

No 1. Fidélité, assistance et secours.

No 2. Du devoir de cohabitation.

SECTION II. — *De l'incapacité de la femme mariée.*

§ Ier. *Principes généraux.*

§ II. *Étendue de l'incapacité.*

No 1. Des actes extrajudiciaires.

I. *Règle générale.*

II. *Exceptions.*

N° 2. Des actes judiciaires.

I. *Règle générale.*

II. *Exceptions.*

a) En matière civile.

b) En matière criminelle.

§ III. *De l'autorisation maritale.*

N° 1. Principes généraux.

N° 2. Spécialité de l'autorisation.

N° 3. De l'autorisation expresse et tacite.

§ IV. *De l'autorisation de justice.*

N° 1. Refus du mari.

N° 2. Incapacité.

I. *Absence.*

CHAPITRE II. — Des causes du divorce.

Section I. — *Principes généraux.*

Section II. — *Du divorce pour cause déterminée.*

§ I. *Des causes.*

N° 1. De l'adultère.

N° 2. Excès et sévices.

N° 3. Injures graves.

N° 4. Condamnation à une peine infamante.

N° 5. Du cas de l'article 310.

§ II. *Des preuves des causes déterminées.*

III. *L'instance judiciaire.*

IV. *L'enquête.*

V. *Le jugement et l'exécution.*

§ V. ***Des mesures provisoires auxquelles peut donner lieu la demande en divorce pour cause déterminée.***

N° 1. Principes généraux.

N° 2. Des enfants.

N° 3. De la résidence provisoire de la femme.

N° 4. De la provision alimentaire.

N° 5. Des mesures conservatoires.

§ VI. *De la demande reconventionnelle en divorce.*

SECTION III. — *Du divorce par consentement mutuel.*

§ Ier. *Principes généraux.*

§ II. *Des conditions.*

§ III. *Des mesures préliminaires.*

§ IV. *De la procédure.*

CHAPITRE III. — DES EFFETS DU DIVORCE.

SECTION I. — *Principes généraux.*

§ II. *Divorce par consentement mutuel.*

CHAPITRE IV. — DE LA SÉPARATION DE CORPS.

SECTION I. — *Principes généraux.*

SECTION II. — *Des causes de la séparation de corps.*

§ I. *Des causes déterminées et du consentement mutuel.*

SECTION III. — *Des mesures provisoires.*

§ Ier. *Résidence provisoire de la femme.*

§ II. *Mesures conservatoires.*

§ III. *Des enfants.*

SECTION IV. — *De la procédure.*

§ Ier. *De la demande en séparation.*

§ II. *De l'instruction.*

§ II. *De l'état de l'enfant non désavoué.*

Section III. — *De l'enfant conçu après le mariage.*

Section IV. — *Calcul des délais.*

CHAPITRE III. — De la filiation maternelle.

Section I. — *De l'acte de naissance.*

§ Ier. *De la filiation.*

§ II. *De l'identité.*

Section II. — *De la possession d'état.*

§ II. *A qui appartient l'action en désaveu.*

§ III. *Compétence.*

§ IV. *Des délais.*

N° 1. Durée des délais.

N° 2. Dispositions générales concernant les délais.

§ V. *Formes.*

§ VI. *Effet du désaveu.*

Section III. — *De l'action en contestation de légitimité.*

Section IV. — *Des actions en réclamation et en contestation d'état.*

§ Ier. *De l'action en réclamation d'état*

No 1. A qui elle appartient.

No 2. Compétence.

No 3. A quelles actions s'appliquent les principes sur les réclamations d'état.

§ II. *De l'action en contestation d'état.*

§ III. *De la chose jugée en matière d'état.*